



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD

Mestrado em Direito

ANDRÉ TADEU DE MAGALHÃES ANDRADE

NÓS, BRASILEIROS SOBERANOS:

**A Ficha Limpa como expressão do dualismo democrático
constitucional**

BRASÍLIA – DF

2016

ANDRÉ TADEU DE MAGALHÃES ANDRADE

**NÓS, BRASILEIROS SOBERANOS:
A Ficha Limpa como expressão do dualismo democrático
constitucional**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Mestre em Direito e
Políticas Públicas do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB

Orientador: Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves
Jr.

BRASÍLIA – DF
2016

Dedico este trabalho à minha esposa e aos meus pais, pelo incentivo constante e pelo sacrifício das horas privadas de convivência.

AGRADECIMENTO

Agradeço todos os professores que se destacaram na minha formação acadêmica até o momento. Agradeço o Prof. Orientador pelos estimulantes e instigantes debates travados por ocasião da orientação ao longo do curso. Agradeço o amigo Bruno V. pelo apoio e livre acesso à sua biblioteca. Agradeço também os distintos colegas Estêvão W. e Giuliano C. por terem elevado a barra a tão alto nível.

RESUMO

Democracias constitucionais se passam em dois tempos distintos: tempos constitucionais e tempos normais. Tempos constitucionais são tempos de conquistas de direitos, tempos normais são tempos de preservação dos direitos já conquistados. A Lei da Ficha Limpa foi oriunda de movimento político de iniciativa popular que atribuiu novo significado constitucional à presunção de inocência ou não-culpabilidade. A pesquisa pretende reconstruir uma narrativa profissional para a Ficha Limpa e examinar em que condições e como o movimento conquistou a autoridade e legitimidade constitucional para promover aquele que consideramos ser o 1º momento constitucional exitoso da democracia brasileira depois da promulgação da Constituição Federal em 1988.

Palavras-chave: Direito constitucional. Constituição. Democracia constitucional. Direitos fundamentais. Povo. Soberania popular. Ficha Limpa. Dualismo. Rupturas constitucionais.

ABSTRACT

Constitutional democracies take place in two different moments: constitutional moments and normal political moments. Constitutional moments are times of fighting for rights, normal political moments are moments of preserving rights already conquered. Lei da Ficha Limpa or “The Clean Record Law” started as a popular political movement that attributed a new constitutional meaning the fundamental right of presumption of innocence until a final and unappealable decision. This paper intends to reconstruct a professional narrative for this citizen initiative political movement, which we consider to be the first successful constitutional moment in Brazilian democracy history after the Constitution in 1988.

Keywords: Constitutional law. Constitution. Constitutional democracy. Fundamental rights. People. Popular sovereignty. “Clean slate”. Dualism. Constitutional ruptures.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS E DELIBERAÇÃO NUMA DEMOCRACIA DUALISTA	16
1.1 Sobre Constituição e democracia	16
1.2 Sobre povo, poder político e soberania	20
1.3 Sobre teorias de diálogo e os arranjos políticos de democracias constitucionais	26
1.4 Sobre a revisão judicial e a proteção das minorias	30
1.5 Dualismo de Bruce Ackerman e legitimidade do povo em momentos constitucionais	37
1.6 Considerações parciais	48
CAPÍTULO 2 – UMA NARRATIVA PROFISSIONAL PARA A FICHA LIMPA.....	50
2.1 Breve contextualização política	51
2.2 A ADPF 144/STF	54
2.3 A Lei Complementar 135/2010	61
2.4 RE 630.147/DF- Caso Joaquim Roriz	62
2.5 RE 631.102/PA - Caso Jádér Barbalho	77
2.6 RE 633.703/MG – Caso Leonídio Bouças	85
2.7 Julgamento conjunto ADC n. 29 e n. 30 e ADI n. 4.578	91
2.8 Considerações parciais	110
CAPÍTULO 3 - A RUPTURA, A NOVA ORDEM E O VELHO NOVO PARADIGMA.....	112
3.1 A velha nova ordem	112
3.2 Sobre rupturas	118
3.3 Um sentimento constitucional	126
3.4 Ficha Limpa: democracia solapada ou revigorada?	134
3.4.1 Crítica de (i)legitimidade	135
3.4.2 Crítica da anti-democraticidade	142
3.5 Considerações parciais	152
CONCLUSÃO	154
REFERÊNCIAS	157

INTRODUÇÃO

A Ficha Limpa mudou a ordem constitucional eleitoral. Certamente isso não significa que ela salvou o Brasil ou o tenha livrado da corrupção eleitoral, mas acreditamos que a Ficha Limpa tenha revigorado a democracia brasileira.

Em nossa visão o termo representa mais do que apenas a Lei Complementar 135/2010, popularmente conhecida como Lei da Ficha. Compreende todo um movimento e sentimento dos cidadãos que acreditavam que um maior rigor com os representantes do povo era necessário para evoluir a democracia brasileira e melhor gerir aquilo que é de todos e administrado em nome de todos.

O que nos chama atenção sobre esse termo Ficha Limpa, a despeito de quem o tenha cunhado ou utilizado pela primeira vez, é que ele foi adotado pelo consciente coletivo e incorporado como expressão de uma ideia representativa de moralidade e probidade administrativa na política nacional. Acreditamos que a Ficha Limpa bem expressou um sentimento constitucional do povo brasileiro.¹

Por óbvio não foi a partir da utilização da expressão Ficha Limpa pela mídia e pelo público a partir da primeira década dos anos 2000 que surgiu a ideia de moralidade, probidade e idoneidade para o exercício de um cargo público, mas foi a partir desse período que o povo brasileiro iniciou um diálogo constitucional acerca da possibilidade de se flexibilizar ou atribuir novo sentido constitucional a um dos princípios mais caros de qualquer estado democrático de direito, qual seja, o princípio da inocência ou da não culpabilidade.²

É senso comum que a garantia de apenas ser considerado culpado após sentença condenatória transitada em julgado, consagrada pela Constituição Federal em 1988 no inc. LIV, do art. 5º, representou, em contraste ao regime autoritário com o qual desejou partir, uma evolução constitucional, uma conquista digna de Estados constitucionais democráticos.

¹ N.A. - Há quem diga que o primeiro a usar ou até mesmo a sugerir o uso do termo Ficha Limpa teria sido Prof. Carlos Ayres Britto, professor desta Casa.

² N.A. - Para fins da pesquisa, utilizamos o termos 'presunção de inocência' como sinônimo do termo 'presunção de não-culpabilidade', embora saibamos que exista algum dissenso quanto a este ponto na doutrina.

Entretanto, parece-nos que em algum momento ao longo do caminho após a promulgação do Texto, aquela vitória e conquista do passado parece ter deixado de atender as expectativas de população politicamente ativa da sociedade.

Não que a sociedade tenha se voltado contra a presunção de culpabilidade. Ela decidiu que esse direito fundamental deveria ser dispensado em *status* absoluto apenas a cidadãos do povo e que a extensão dessa garantia à cidadãos-representantes-do-povo em vez de contribuir com a democracia, atentava contra ela, na medida em que concedia um excesso de confiança e proteção a quem já se demonstrara faltoso no exercício de função ou cargo público.

O objeto dessa pesquisa é precisamente a Ficha Limpa enquanto expressão do dualismo democrático constitucional como proposto na doutrina de Bruce Ackerman.

Pretendemos com este trabalho, reconstruir uma narrativa para a Ficha Limpa, a partir de casos concretos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e entender como essa mobilização de iniciativa popular ganhou a autoridade político-democrática para, num dado momento constitucional, criar uma norma constitucional – *na medida em que flexibilizava outra norma constitucional* – que atribuía novo significado constitucional ao princípio, rompendo com o paradigma anterior estabelecido pelo povo e reiteradamente confirmado pelo Tribunal constitucional brasileiro.

Acreditamos que desde a promulgação da Constituição de 1988, a Ficha Limpa foi a primeira vez em que, por iniciativa popular, deu-se novo significado a um direito fundamental, rompendo com algum paradigma constitucional, atribuindo novo sentido a um direito fundamental consagrado na Constituição Federal.

Argumentaremos com apoio teórico doutrinário de outros estudiosos da democracia, de democracias constitucionais, das teorias de diálogos constitucionais e do dualismo, que a Ficha Limpa, independentemente do resultado que venha a ter a médio e longo prazo, revigorou a Constituição e a tradição democrática brasileira na medida em que mobilizou uma parcela significativa dos cidadãos comuns com um debate político amplo, profundo e com poder de decisão suficiente para alterar o ordenamento jurídico-constitucional em nome do povo.

A pesquisa foi dividida em três partes ou capítulos: o primeiro tem um caráter eminentemente teórico-doutrinário e buscará estabelecer noções teóricas e combinar com o leitor significados conceituais necessárias para que possamos abordar o dualismo de Bruce

Ackerman; o segundo tem uma natureza eminentemente histórico-descritiva de casos concretos julgados pelo Supremo Tribunal Federal; e o terceiro é fundamentalmente um capítulo analítico já que representa nossa leitura dos fatos à luz da teoria pesquisada.

O capítulo 1 ‘Diálogos constitucionais e deliberação numa democracia dualista’ traduz-se num esforço para estabelecer noções teóricas sobre temas necessários ao nosso objeto de pesquisa: Ficha Limpa enquanto ruptura constitucional legítima provocada pelo povo.

Temos como hipótese teórica central, aquilo que veremos ser o *core* do dualismo de Bruce Ackerman, ou seja, que há uma espécie de reserva de legitimidade ou de poder político que sempre caberá ao povo ativo da época, de conduzir os destinos políticos da nação, ainda que isso signifique mudar alguns caminhos da rota estabelecida pelo povo ativo que pôde historicamente escrever a Constituição.³

Ao nos filiarmos à corrente que percebe a democracia como uma forma de governo eminentemente procedimental, acreditávamos inicialmente que a Ficha Limpa venceu os obstáculos procedimentais necessários para a criação de uma norma constitucional ou da alteração de significado e que, dentro desses procedimentos que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como necessários, alcançou autoridade constitucional para se dizer que a flexibilização do direito fundamental como ocorrido, foi legítima e atendida o mais próximo que se poderia alcançar da verdadeira vontade do povo.

Iniciamos o capítulo identificando elementos substantivos que lastreiam ou dão sustentação a um regime democrático constitucional, acordando desde o princípio que tomamos democracia constitucional como modelo eminentemente procedimental. Isso parece-nos relevante porque deixa o examinador ciente de que o enfoque adotado, vê democracia como forma de governo que prioriza métodos e procedimentos na tomada de decisões importantes em detrimento de resultados, uma vez que nem sempre é possível consenso quanto ao mérito das decisões importantes, nem tampouco ter certeza, em alguns casos mais difíceis, sobre qual decisão é verdadeiramente melhor do que as outras.

³ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Construiremos essas noções teóricas com o auxílio de Kelsen, Bobbio, Bauman, Celso Bastos, Bandeira de Mello, Müller, Waldron, Goyard-Fabre, Ackerman, Sandel, Hubner, Bonavides e das teorias de diálogos constitucionais.

Enfrentaremos logo no início do capítulo aquele que nos parece ser o axioma chave da democracia: povo. Aceitaremos as conclusões de Müller no sentido de compreender que o povo, do ponto de vista jurídico-normativo, não se trata de um conceito descritivo, mas operacional, ou seja, uma abstração fictícia não representativa de uma realidade, mas utilizada para realizar um determinado fim, legitimização de um discurso voltado a trabalhar a aceitação do poder-violência do Estado frente aos cidadãos discordantes da decisão eventualmente tomada.⁴

Nas democracias constitucionais modernas, o interesse dos cidadãos em geral por assuntos outros que não política ou de interesse público, faz com que em tempos normais, as decisões do povo sejam tomadas pelos seus representantes dentro dos limites daquilo que ele, não seus representantes, escolheram em momentos constitucionais, ou tempos de tomadas de decisões importantes.

Aceitamos a proposição de Ackerman segundo à qual as democracias ocorrem em tempos normais e em tempos constitucionais. Tempos normais são tempos de preservação das conquistas de direitos alcançadas em tempos constitucionais. Ao passo que em momentos constitucionais o povo se mobiliza para tomar uma decisão que é muito importante, em tempos normais, decisões menos críticas ou menos sensíveis, são ordinariamente tomadas por aqueles que o povo escolheu dentro de procedimentos que respeitem a liberdade e a igualdade para representá-lo.⁵

As democracias constitucionais, em geral, adotam como forma de frear o ímpeto dos representantes eleitos pelo povo de tomarem decisões importantes fundadas em maior representatividade do que verdadeiramente venham a ter, um mecanismo procedimental que se convencionou chamar, sob influência do ordenamento jurídico norte-americano, de revisão judicial.

⁴ MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

⁵ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Revisão judicial é uma ferramenta jurídica que viabiliza um Poder não eleito se contrapor a decisões tomadas pelos representantes do povo, portanto, a decisões indiretamente tomadas pelo povo. Com o auxílio das teorias de diálogo superaremos qualquer eventual dificuldade contramajoritária para aceitarmos a revisão judicial, juntamente com eleições e com as decisões tomadas pelo parlamento, como os principais arranjos políticos das democracias constitucionais para condução política do Estado.

Utilizando o dualismo democrático de Ackerman como marco teórico, admitimos que em tempos constitucionais, o povo exerce sua soberania no diálogo constitucional habitualmente travado entre Parlamento e Corte constitucional, por outra maneira que não eleições, decisões de parlamentares ou revisão judicial.

Mobilizações populares que preencham condições de amplitude, profundidade e poder de decisão, ameaham condições constitucionais necessárias de dizer que o povo mudou de opinião quanto a algum significado constitucional, pois dada a transitoriedade das coisas, tudo está sujeito a mudança e a Constituição não pode servir de obstáculo para a evolução.

O segundo capítulo chama-se ‘Uma narrativa profissional para a Ficha Limpa’. Pegamos emprestado de Ackerman, o conceito de narrativa profissional para contarmos uma versão histórica de como um movimento político de gênese popular capitaneado por entidades organizadas da sociedade civil, em resposta à uma decisão do Supremo Tribunal Federal, deu novo sentido constitucional à presunção de inocência ou não-culpabilidade no contexto político-eleitoral.

Escolhemos propositalmente por utilizar o artigo indefinido ‘uma’ ao invés de definido ‘a’ para nos referirmos à narrativa da Ficha Limpa. A inspiração deriva de Rawls⁶ e se deu por acreditamos ser possível criar e contar narrativas profissionais sob diferentes perspectivas. Diferentes narrativas profissionais⁷ podem conviver, é dizer, é possível se contar a mesma história de várias formas diferentes. A aceitação ou credibilidade de cada narrativa decorre da capacidade de manter-se fiel a fatos tais quais ocorridos. Inexiste imparcialidade – nem é isso que se pretende, até porque acreditamos ser impossível -, mas compromisso a reconstituir acontecimentos fático-objetivos ainda que sob esta ou aquela perspectiva.

⁶ RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**; tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁷ N.A. – Em apertada síntese, uma narrativa profissional é uma narrativa que profissionais do direito e autoridades públicas possam se valer para interpretar normas e fundamentar decisões.

A partir do julgamento de cinco casos concretos julgados num lapso temporal de três anos e meio, no qual ocorreram dois pleitos eleitorais, criamos uma versão histórico-descritiva sobre como o povo brasileiro se mobilizou organizadamente e superou íngremes obstáculos procedimentais institucionais. Estamos falando de identificação de um problema, elaboração de normas propositivas para solucioná-lo, da obtenção de um número mínimo de assinaturas de apoio à lei de iniciativa popular, de deliberações em Casas Legislativas, aprovação de lei nessas Casas e de revisão judicial.

A escolha por uma narrativa a partir das decisões do Supremo deu-se porque nos diálogos constitucionais, sejam em tempos normais ou constitucionais, cronologicamente é a Corte constitucional a última a falar, o que lhe permite avaliar as manifestações populares, os debates parlamentares e as reações populares aos debates parlamentares.

No recorte temporal que fizemos para a Ficha Limpa – 2008 a 2012 – a Corte primeiro se manifestou contrária à flexibilização postulada pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB. A decisão da Corte e sua ponderação sobre a necessidade de uma lei, provocou no seio da sociedade um debate mais amplo e profundo, alcançando um consenso quanto às proposições normativas que davam nova acepção constitucional ao princípio da não-culpabilidade no contexto político-eleitoral.

Em 2008 foi julgada a ADPF 144. Entre 2008 e 2010 foram colhidas assinaturas para a lei de iniciativa popular. Em junho de 2010 a Lei foi sancionada pelo Presidente da República. As campanhas eleitorais para o pleito de Outubro/2010 iniciaram em Julho/2010. O julgamento do caso Roriz (RE 630.147/DF) deu-se em Setembro/2010, o caso Jäder (RE 631.102/PA) em Outubro/2010, o caso Leonídio Bouças (RE 633.703/MG) em Março/2011 e as ADC's em Fevereiro/2012.

Ao longo desse caminho, foram colocados aos testes próprios do processo deliberativo constitucional, inclusive e sobretudo, da revisão judicial, todas as proposições normativas da Lei da Ficha Limpa que pudessem, de alguma forma, representar um retrocesso constitucional no sentido de que flexibilizava um direito tido como fundamental pelo povo no último grande momento constitucional, que ao nosso ver, deu-se em 1988 quando a Constituição foi promulgada ou mesmo representar apenas o interesse de um determinado grupo de peticionantes.

Inelegibilidades a partir de decisões condenatórias colegiadas, inelegibilidades por força de renúncia, inelegibilidades decorrentes de decisões condenatórias de tribunais de contas entre outras proposições normativas passaram por um genuíno processo deliberativo e foram alvejadas com as críticas naturais do conservadorismo e sobreviveram com poder de decisão sobre a alternativa a disposição naquele momento histórico, que era deixar as coisas como estavam até que o povo aprendesse, com sua experiência, a votar melhor.

Acreditamos que o último julgamento da série de cinco, o julgamento conjunto das Ações Declaratória de Constitucionalidade - ADC e da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, selou um reconhecimento do Supremo Tribunal Federal - ainda que por maioria e após tempos de indecisão - de que o povo mudara de opinião quanto à presunção de não-culpabilidade flexibilizando-a, rompendo com o paradigma anterior que a alçava ao status absoluto, com máxima observância e prevalência no ordenamento jurídico.

Ao longo dos julgamentos buscaremos identificar quais os principais problemas normativos e como a Corte os resolveu para reconhecer o novo significado constitucional da presunção de inocência, da moralidade e da probidade administrativa, no contexto político eleitoral.

O terceiro e último capítulo é o exame analítico da narrativa criada no capítulo dois com as bases teóricas construídas no capítulo um, seu título é ‘A ruptura, a nova ordem e o velho novo paradigma’. A escolha do título se deu porque acreditamos que houve uma ruptura com o paradigma constitucional anterior. O velho novo paradigma quer significar que a Ficha Limpa não criou algo novo, pelo contrário, apenas institucionalizou formalmente uma nova ordem em que, no consciente coletivo e no sentimento constitucional, a eleição de um representante não lhe confere uma confiança inabalável que deve gozar das mesmas garantias estendidas àqueles que não recebem maior quota parte do esforço coletivo com o intuito de melhor gerir e administrar a coisa pública e os interesses públicos.

Argumentaremos que o Brasil é uma democracia constitucional dualista que, em tempos normais, a condução política é feita pelos representantes do povo que devem tomar suas decisões e escolher os caminhos políticos a serem trilhados dentro dos limites já pré-estabelecidos pela Constituição, respeitando as matrizes ideológicas ali previstas.

Porém, em tempos constitucionais, o povo brasileiro pode se mobilizar de forma, ou a fazer com que seus representantes ajam dentro dos espaços limitados para suas legislaturas, ou

a criar normas constitucionais que representem mudanças programático-valorativas, ou mesmo atribuir novos significados a antigos preceitos constitucionais.

Reconheceremos que a Ficha Limpa não foi a origem do combate à corrupção eleitoral, nem será suficiente para livrar-nos de todo esse mal, mas que, ainda que por força do acaso, ficou registrada na experiência político-democrática brasileira como representativa de um momento exitoso de significativa mobilização popular que ganhou a autoridade constitucional e a aceitação de todos para atribuir novo significado a um direito fundamental, em nome do povo.

Buscaremos apontar momentos chaves do movimento em que os procedimentos institucionais foram superados ao longo do diálogo constitucional próprio para criação de uma norma constitucional ou para atribuição de novo significado constitucional a uma norma e argumentaremos que a Ficha Limpa foi a legítima vontade do povo e que a ruptura com o paradigma anterior deu-se de forma democrática, enfrentando críticas à sua (i)legitimidade e sua (anti)democraticidade.

No último capítulo, faremos também uma inferência ainda subexplorada nesta pesquisa, mas que poderá ser objeto de reflexões mais detidas posteriormente; como todo poder emana do povo, suas decisões legítimas – segundos os critérios de Ackerman por desconhecimento de melhores ou mais adequados – são dotadas de supraconstitucionalidade que as hierarquiza em maior posição do que as decisões da Corte e do Parlamento no debate constitucional.

CAPÍTULO 1 - DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS E DELIBERAÇÃO NUMA DEMOCRACIA DUALISTA

“Numa democracia, não se pode impedir o Judiciário de falar por último, nem o povo de falar mais alto.”⁸

O tema de nossa pesquisa cuida-se de momentos constitucionais e rupturas constitucionais provocadas por vontade legítima do povo. Parece-nos que esse tipo de ruptura só é possível em democracias constitucionais em que existam diálogos constitucionais travados sob um regime de dualismo político, como proposto por Bruce Ackerman.

O intuito deste capítulo é estabelecer noções do que venham a ser democracias constitucionais e suas instâncias deliberativas sobre decisões políticas importantes e combinar definições conceituais com o examinador acerca de temas adjacentes importantes, antes que possamos abordar o dualismo de Bruce Ackerman.

1.1 Sobre Constituição e democracia

Parece-nos que na cronologia das coisas, a Constituição precede a democracia, pois é exatamente a Constituição que principia a ordem jurídica e que busca garantir o regular exercício das funções estatais, especialmente, num regime democrático. Além disso, democracia constitucional pressupõe que exista uma Constituição com a qual a democracia possa harmonizar.

Hoje, é quase rudimentar a ideia de que a Constituição partaja o ordenamento jurídico e o faz com o intuito de estabelecer o processo de criação do direito em suas etapas hierarquizadas, que, no caso das democracias são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário⁹.

⁸ N.A. – A frase foi adaptada de uma expressão bastante utilizado pelo Prof. Carlos Ayres Britto em sala de aula: “Numa democracia, não se pode impedir a imprensa de falar primeiro, nem o Judiciário de falar por último.”

⁹ N.A.: Não existe hierarquia entre esses Poderes, mas sim dentro de cada organograma deles, ou seja, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes com estruturas autônomas e independentes, mas hierarquizadas em si.

Neste sentido, garantir a Constituição significa garantir as regras que ficarão subordinadas à Constituição.¹⁰

Para Kelsen, o conceito de Constituição, qualquer que o seja, preserva um núcleo perene que guarda respeito a um princípio supremo que determina a ordem estatal em sua integralidade, inclusive a essência da comunidade por ela instituída. Esse princípio supremo é a norma que rege a elaboração das leis posteriores que serão executadas pelos organismos estatais, pelos tribunais e pelas autoridades administrativas.

O princípio supremo traduz, no plano jurídico, o equilíbrio das forças políticas do momento e traça outros princípios, diretivas e limites para o conteúdo das leis que serão elaboradas *a posteriori*, portanto, um código de procedimentos que devem ser observados; uma norma fundamental.¹¹

[...] considera-se norma fundamental aquela que constitui a unidade de uma pluralidade de normas, enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa; aquela norma que, pelo fato mesmo de situar-se na base do ordenamento jurídico, há de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por nenhuma autoridade, a qual, estivesse e tivesse competências para editá-la, só disporia dessa prerrogativa em razão de outra norma de hierarquia mais elevada, e assim sucessivamente; aquela norma, enfim, cuja validade não pode ser derivada de outra e cujo fundamento não pode ser posto em questão.¹²

Para Azambuja, o termo Constituição pode ter sentido estrito ou geral.

Na acepção geral, Constituição é a própria organização do Estado, são as instituições políticas e jurídicas que forma e lhe caracterizam a estrutura. Nessa acepção, todos os Estados têm e sempre tiveram Constituição, que compreende as tradições e costumes políticos, as leis e documentos que regulam a sucessão nos tronos, criam órgãos e regulam o funcionamento.

Em sentido estrito, que é o usual, Constituição é o conjunto de preceitos jurídicos, geralmente reunidos em um código, que discrimina os órgãos do poder público, fixa-lhes competência, declara a forma de governo, proclama e assegura os direitos individuais.¹³

José Afonso da Silva ensina que o termo Constituição é empregado de várias maneiras, mas que enquanto lei fundamental do Estado corresponde

¹⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹¹ KELSEN, Hans. **A democracia**; tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹² FERREIRA, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 2.

¹³ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2003, p. 169.

[...] a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício de poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.¹⁴

Quanto à democracia, Bobbio destaca que ela possui dois “instintos primordiais”: liberdade e igualdade, que na história do pensamento político, remetem um ao outro¹⁵. Igualdade e liberdade destacam-se também nas lições de Sieyès, como os principais pleitos do Terceiro Estado.¹⁶

Liberdade é um estado, e igualdade é uma relação. Enquanto indivíduo, o cidadão deve ser livre, mas em relação aos outros, deve ser igual. Na esfera individual, a liberdade é o bem social mais importante, enquanto que na esfera da coletividade é a igualdade o bem social mais valioso. São esses valores que servem para medir uma maior ou menor “democraticidade” de um regime¹⁷. O desejo de liberdade e igualdade advém da experiência da opressão.¹⁸

Porém,

Se deve haver sociedade e, mais ainda, Estado, deve haver um regulamento obrigatório das relações dos homens entre si, deve haver um poder. Mas, se devemos ser comandados, queremos sê-lo, por nós mesmos. A liberdade natural transforma-se em liberdade social ou política. É politicamente livre aquele que está submetido, sim, mas à vontade própria e não alheia.¹⁹

Não é por outro motivo que Kelsen sintetiza democracia como “identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo”.²⁰

Um dos principais desafios da democracia é viabilizar a associação dos indivíduos, protegendo todo e qualquer membro, ao mesmo tempo em que ainda que associado, todo e qualquer pessoa, tenha o mesmo valor, obedeça a si e permaneça livre como antes.

Segundo Dallari

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pág.39/40.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

¹⁶ SIEYÈS, Joseph Emmanuel. **Constituinte burguesa: *Qu'est-ce que le Tiers État?*** Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. Op.cit.

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Freedom**. University of Minnesota Press. Minneapolis, 1988.

¹⁹ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27.

²⁰ Ibidem.

A ideia moderna de um Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores.²¹

Dahl acredita que a democracia é a melhor forma de governo atingível e que as democracias modernas configuram democracias poliárquicas, e requerem para seu funcionamento ao menos seis instituições políticas: 1) eleições livres, justas e periódicas, 2) representantes eleitos, 3) cidadania inclusiva, 4) liberdade e autonomia associativa, 5) liberdade de expressão e 6) diversidade de fontes de informação.²²²³

Para Müller “a ideia fundamental da democracia é a seguinte: determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo”.²⁴

Em artigo “A democracia e suas dificuldades contemporâneas”, Celso Antônio Bandeira de Mello, explica que democracia:

[...] reporta-se nuclearmente a um sistema político fundado em princípios afirmadores da liberdade e da igualdade de todos os homens e armado ao propósito de garantir que a condução da vida social se realize na conformidade de decisões afinadas com tais valores, tomadas pelo conjunto de seus membros, diretamente ou através de representantes seus livremente eleitos pelos cidadãos, os que são havidos como titulares da soberania. Donde resulta que o Estado Democrático é que aquele que se estrutura em instituições armadas de maneira a colimar tais resultados.²⁵

É óbvio que a ordem estatal que se contrapõe à vontade do indivíduo pode ser considerada uma vontade alheia e não sua própria, mas a convivência em sociedade impõe irrealizabilidade de todas as vontades dos indivíduos, relegando-as a um segundo plano em face à liberdade coletiva ou liberdade política. Concorde-se previamente que a liberdade individual é substituída como exigência fundamental, pela soberania popular, que implica um Estado livre. Na democracia, “o cidadão só é livre através da vontade geral e de que, por conseguinte, ao ser obrigado a obedecer, ele está obrigado a ser livre”.²⁶

²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 145.

²² DAHL, Robert A. *On democracy*. Yale University Press Publications, 1998.

²³ Essa ideia também é defendida pelo autor em DAHL, ROBERT. **A democracia e seus críticos**. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

²⁴ Kelsen, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 57.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 04 mar. 2009.

²⁶ Kelsen, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Democracia requer, portanto, que quando exista discordância na sociedade sobre uma questão de decisão coletiva, todos, indistintamente, tenham direito de participar da resolução da questão em condição de igualdade, tanto de oportunidade de expressão da opinião quanto ao valor atribuído a essa opinião. Esse processo pode ser complexo e indireto, intermediado por estruturas de eleições e representação, mas a ideia deve ser sempre a mesma: participação do povo, através de algum mecanismo, tanto quanto possível, em condições de igualdade. Isso significa que não pode haver democracia sem que exista o direito a participar. Se alguns forem excluídos desse processo ou se o processo não for justo, no sentido de igualdade de oportunidade e de valor, então os direitos e a democracia estarão comprometidos.²⁷

1.2 Sobre povo, poder político e soberania

É senso comum que o termo democracia significa ‘governo do povo’ ou ‘governo para o povo’ ou ‘governo pelo povo’ ou até ‘governo do povo para o povo em nome do povo’²⁸, sendo razoável sustentar que é no povo – enquanto corpo de cidadãos – que reside a soberania popular, legitimadora da democracia, a fonte do poder político.

O poder político pode ser compreendido como a autoridade para impor comportamentos sociais, é o poder de usar a força-violência legitimada do Estado.²⁹ “É o conjunto de potencialidades contidas no fato de mandar e ser obedecido.”³⁰

A coletividade é, ao mesmo tempo, quem faz as regras, mas também quem antecipadamente concorda com obediência a elas. É, pois, na vontade do povo que reside a soberania popular, o que nos leva a outras duas perguntas necessárias; o que é soberania? Quem é o povo?

Para Torrecillas Ramos “A soberania é uma qualidade em virtude da qual o Estado soberano possui uma independência completa externa e uma superioridade absoluta interna. Ela é a qualidade da pessoa ou do colegiado que detém como titular primordial o poder o Estado”.³¹

²⁷ WALDRON, Jeremy. *The constitutional conception of democracy*. Extraído da obra “*Law and disagreement*”. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/WaldronConstititutional.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2015.

²⁸ N.A. Essa frase tem sido mais comumente atribuída a Abraão Lincoln.

²⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

³⁰ JÚNIOR, João Ribeiro. *Teoria geral do Estado & ciência política*. 2ª ed. Bauru/SP: EDIPRO, 2001, pág. 180.

³¹ RAMOS, Dircêo Torrecillas. *A federalização das novas comunidades: a questão da soberania*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2004.

Simone Goyard-Fabre, lembrando de Aristóteles, aponta que desde a Grécia antiga, nem todos os habitantes eram cidadãos, pelo contrário, a cidadania era algo consideravelmente restrito.

É claro que o pensamento moderno se emancipou dos limites conjunturais ligados, em Atenas, às estruturas da condição social em que metecos, escravos e mulheres não tinham acesso à categoria de cidadãos. Mas o princípio segundo o qual a soberania pertence não a uma parte mas ao conjunto de cidadãos que formam ‘o povo’ ou ‘corpo público’ permanece sendo o axioma fundamental da democracia. Nos debates públicos, não são nem indivíduos *ut singuli* nem a multidão ou a massa que intervêm, mas os cidadãos, ou seja, os ‘governados’ reconhecidos como aptos ao exercício do poder.³²

Para Celso Ribeiro Bastos, o povo é substrato humano de um Estado formado pelo conjunto de pessoas que nele habitam. Para esse autor, o direito é que determina se um indivíduo é cidadão ou não, e é o Estado que confere a qualidade de povo ao conjunto de pessoas, pois não existe povo antes da criação de um Estado. Este autor atribui à Revolução Francesa a ideia de povo soberano constituído pela totalidade dos cidadãos.³³

Citando Rousseau, Celso Ribeiro Bastos aponta que “[...] os associados, os membros de um Estado tomam coletivamente o nome de povo e chamam-se em particular, cidadãos enquanto participantes na atividade soberana e súditos enquanto sujeitos às leis do Estado”.³⁴

Existe algum consenso na literatura constitucional e de ciência política de que a Constituição pousa sobre compromisso de diálogo permanente com os cidadãos, agindo também como um fator estabilizador de comportamentos.³⁵

Os desafios inerentes à compreensão da plurivocidade do termo povo é de há tempos conhecida e segundo pesquisa de Friederich Müller, a primeira vez em que o termo ‘povo’ foi utilizado com significado de ‘soberano democrático’ teria sido nos Estados Unidos da América, por Thomas Jefferson.³⁶

Uma das conclusões importantes do trabalho de Müller é que o termo ‘povo’ para o direito, ou seja, povo enquanto conceito jurídico, não é um conceito descritivo, mas sim

³² GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 50.

³³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

³⁴ ROUSSEAU *apud* Ibidem.

³⁵ BENVINDO, Juliano Zaiden. *Seeds of change: popular protests as constitutional moments*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2661853>. Acesso em 28 mar. 2016.

³⁶ MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

operacional, utilizado amplamente pelas Constituições devida à necessidade de legitimarem-se. Em sua opinião invocar o povo fornece legitimação às Constituições.³⁷

Muller entende que “[...] a noção de povo está intimamente vinculada à democracia, entretanto, aparentemente é menos difícil descobrir os preceitos democráticos que atribuem poder ao povo, do que evidenciar quem é este povo democraticamente formado”.³⁸

De início, Müller especifica que está tratando do conceito jurídico (operacional) de povo, é dizer, nas formas como o termo ‘povo’ são empregadas nas Constituições para justificar “o seu aparelho de Estado e o exercício de sua violência/do seu poder enquanto ‘democráticos’”. A seu ver, mais do que quem seria o povo, seria importante saber como se poderia utilizar o termo ‘povo’ para legitimar um governo do povo.³⁹

Sua pesquisa concluiu que o termo ‘povo’, para legitimar um governo do povo para o povo é ou pode ser mais comumente utilizado como 1) povo ativo, como 2) povo instância global de atribuição de legitimidade, 3) povo como ícone, 4) povo como destinatários de prestações civilizatórias do Estado.⁴⁰

Segundo a concepção do povo ativo de Müller, estão englobados todos os eleitores, ou cidadãos que estão aptos ao exercício do poder político que é exercido através de eleições para constituintes e/ou representantes, através de iniciativa popular [*Volksbegehren*], de referendo [*Volksentscheid*] e eleições para instâncias de autogestão.⁴¹

Enquanto instância global de atribuição de legitimidade

O povo não é apenas – de forma mediada – a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições bem como – de forma imediata – por meio de referendos legislativos; ele é de qualquer modo o destinatário das prescrições, em conexão com deveres, direitos e funções de proteção. Ele justifica esse ordenamento jurídico num sentido mais amplo como ordenamento democrático, à medida que o aceita globalmente, não se voltando contra o mesmo.⁴²

Essa é uma das principais funções do povo, ou uma das formas em que sua invocação se mostra mais essencial para a democracia que é justificar a legitimidade baseada em decisões

³⁷ Ibidem.

³⁸ MIRANDA, Victor Bacelete. **Todo poder emana do povo, mas qual povo?** Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3692/2598>>. Acesso em 21 jan. 2016.

³⁹ MÜLLER, Friederich. Op.cit.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem.

⁴² MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 61.

supostamente tomadas livremente e em condição de igualdade entre todos os cidadãos, eleitores ou não, indiferentes e ou derrotados. Esse povo é absolutamente fictício.⁴³

O povo como ícone é uma forma de abstratificar a população, tornando-o um mito de bondade e inofensivo para o poder-violência – portanto, para o Estado –, refere-se a ninguém específico no discurso da legitimação e pode levar a práticas extremadas em seu nome.⁴⁴

Há, ainda, o povo como destinatário de prestações civilizatórias do Estado, que compreende, em geral, uma totalidade dos cidadãos do respectivo país [*Staatsangehörige*] e ainda toda e qualquer pessoa que eventualmente possa ali estar. Todas essas pessoas são destinatárias, no sentido de que estão obrigadas às leis do local, mas também os benefícios, como presunção de inocência ou devido processo legal.⁴⁵

Ao examinar os tipos de cidadãos políticos que compõem a ficção denominada povo ativo, Ackerman os distribui entre uma de três categorias: o cidadão comum, o cidadão público e o *perfect privatist*. A ideia é simples. O cidadão público está tão envolvido que sacrifica interesses pessoais em prol da vida pública. O *perfect privatist* é aquela pessoa que está absolutamente focada em seus interesses pessoais e não direciona seus atos com base em interesses outros que não os seus próprios. O terceiro tipo é o cidadão comum. Ele é o que mais interessa ao nosso tema, simplesmente porque a maioria das pessoas politicamente ativas são cidadãos comuns.⁴⁶

O cidadão comum pressupõe que entender profunda e razoavelmente sobre política, demanda tempo e energia que, em seu modo de vista, simplesmente não valem a pena e acabam por tomar muito tempo e energia de suas batalhas cotidianas. A visão política do cidadão comum, de acordo com Ackerman, apresenta para a democracia, ao menos três problemas: apatia, ignorância e egoísmo.⁴⁷

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 327.

⁴⁷ Ibidem.

Para Michael Sandel, essa ausência de envolvimento prejudica uma democracia, pois “se uma sociedade justa requer um forte sentimento de comunidade, ela precisa encontrar uma forma de incutir nos cidadãos uma preocupação com o todo, uma dedicação ao bem comum”.⁴⁸

O que importa sobre o cidadão comum – para a ideia de povo ativo - é que, a despeito de sua visão limitada ou da falta de comprometimento qualitativo com questões públicas, é justamente essa categoria de cidadãos que acaba por definir e compor a maioria que toma as decisões importantes. Isso é de extrema relevância quando se leva em consideração que a democracia é, essencialmente, um jogo de maiorias. Nesse sentido, Bobbio destaca que “os principais sujeitos políticos não são tanto os indivíduos isolados, mas os grupos organizados”.⁴⁹

O paradoxo é que as decisões importantes na democracia são apresentadas justamente pela minoria dos cidadãos, que são aqueles que podem e estão mais, qualitativamente, envolvidos com a vida pública. De todo modo, independentemente do grau qualitativo do envolvimento de cada um, a democracia constitucional parte do princípio segundo o qual, estabelecidos e respeitados os procedimentos para a tomada de decisões importantes, quaisquer que as sejam, todos deverão aceitar.

Isso faz com que, logicamente, a maioria, politicamente desinteressada, seja governada e liderada pela minoria interessada. O que parece trivial, entretanto, esconde que, essa dinâmica faz com o que a noção de povo seja ou possa ser manipulada – ou operacionalizada, nos termos de Müller - em favor de uma maior minoria politicamente melhor organizada em um dado momento político de decisão; ou seja, a maioria, é na verdade, uma maior minoria momentânea, só que melhor organizada.

Na medida em que todos são considerados povo – destinatários das prestações do Estado -, no sentido de que estão sujeitos às decisões políticas tomadas pela maior minoria melhor organizada – povo ativo -, essa mesma minoria ou maioria procedimental pode ser representativas do povo sem o sê-la, pois apenas representa uma maior minoria melhor organizada, mas isso é aceito e tem sido, historicamente, aceito em todas as democracias já estudadas.⁵⁰

⁴⁸ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa?** Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 325.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos.** Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campos, 2000.

⁵⁰ Kelsen, Celso Bastos, Goyard Fabre e Müller abordam essa questão.

Nas democracias constitucionais pode-se observar que na condução política do Estado, é, na verdade, o povo ativo – maioria procedimental - quem elabora as regras para o povo enquanto destinatário das prestações do Estado – maioria substancial - e que supostamente representa o povo como um todo, portanto, em nome do povo enquanto instância global de atribuição de legitimidade.

O que acreditamos legitimar esse consentimento da maioria substancial às decisões da maioria procedimental, é que existe uma confiança individual enquanto cidadão – que como veremos mais tarde, nada há a ver com confiança representativa – primeiro e acima de tudo, que todos indistintamente enquanto povo – qualquer que seja a forma empregada – são ou podem ser povo ativo. Segundo, que enquanto povo ativo, todos podem trilhar os caminhos instrumentais para se tornar uma maioria procedimental e participar efetivamente da tomada de decisões importantes do Estado. Terceiro, que no caminho para tornar-se maioria procedimental, a vontade e as intenções de todos, indistintamente, têm o mesmo valor.⁵¹

Waldron, examinando a física do consentimento dos cidadãos, explica que há fundamentos filosóficos para justificar o princípio da maioria como melhor alternativa para se tomar decisões quando não é possível alcançar unanimidade. Para esse autor, obedecer as leis é “[...] o tributo que devemos pagar à conquista da ação concertada, cooperativa, coordenada ou coletivas nas circunstâncias da vida moderna”.⁵²

Envolver-se, ou não, na política, é uma escolha individual, mas, considerando essas crenças – todos podem participar e a manifestação de todos têm o mesmo valor -, nas democracias constitucionais, quem cala, consente, pois, quando um grupo, dentro dos procedimentos, se apodera do cunho de ‘maioria’, portanto, uma maioria procedimental, a outra maioria – maioria substancial - entendida como maior parte dos cidadãos, ainda que politicamente ativos mas que eventualmente sejam indiferentes, submeter-se-ão a decisão da ‘maioria procedimental’ mesmo que ela seja, na verdade, apenas uma maior minoria melhor organizada. Logo, indiferentes ou derrotados, todos, numa democracia constitucional, submeter-se-ão à decisão da maior minoria melhor organizada, como forma de respeito aos esforços coletivos e coordenados para se alcançar aquela decisão.

⁵¹ WALDRON, Jeremy. *The constitutional conception of democracy*. Extraído da obra “*Law and disagreement*”. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/WaldronConstitutional.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2015.

⁵² Idem. *A dignidade da legislação*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 190.

1.3 Sobre teorias de diálogo e os arranjos políticos de democracias constitucionais

Ackerman acredita que a condução política se dá em dois tempos distintos. ‘Tempos normais’ ou em ‘tempos constitucionais’. Tempos constitucionais são momentos de conquistas de direitos. Tempos normais são momentos de defesa dos direitos conquistados.⁵³

Em tempos normais, o governo toma as decisões políticas dentro dos caminhos já traçados e estabelecidos pelo povo na Constituição. Tempos normais são caracterizados por pouca ou nenhuma agitação e mobilização política do povo. Já em tempos constitucionais ou até mesmo em ‘tempos de revolução’, existe uma grande agitação e mobilização do povo e das instituições políticas.⁵⁴

Em ambos os tempos, é necessário que, diante de uma divergência sobre qual decisão importante tomar, eventualmente se chegue a uma decisão, qualquer que ela seja. Como a concordância com o mérito das opiniões e posicionamentos nem sempre é possível, o acordo principal é que as decisões importantes que venham a ser tomadas sigam certos procedimentos com o intuito de evitar ou até mesmo minimizar violações a direitos fundamentais e otimizar o significado constitucional.

Aprofundaremos em momentos constitucionais mais adiante. Por ora, nos interessa examinar os arranjos políticos à disposição da democracia constitucional para a tomada de decisões políticas importantes.

Pensamos que numa democracia constitucional devem existir instituições que prezem pelos princípios consagrados no texto constitucional e que, ante insuperável dissenso quanto ao conteúdo da decisão, respeitem os procedimentos estabelecidos para a tomada de decisões políticas importantes e que promovam uma desejada e necessária perene interação entre povo, Legislativo e Judiciário.

Por opção metodológica, escolhemos focar no capítulo 1 nos diálogos travados entre Legislativo e Judiciário. Não ignoramos o Executivo como instituição que pode e toma decisões ditas democráticas, fundadas no mesmo procedimento legitimador que o Parlamento, eleições livres, justas e periódicas. Tampouco ignoramos que as Constituições em democracias

⁵³ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁵⁴ Ibidem.

constitucionais se destinam a limitar também e sobretudo o poder do Executivo. Escolhemos, todavia, por intencionalmente reduzir o recorte teórico do nosso objeto de pesquisa, tendo em vista que acreditamos que o Executivo não seja, a rigor, uma instância deliberativa, embora tenha legitimidade representativa advinda de eleições.

Como os arranjos políticos não são suficientes para subsidiar resultados justos advindos das grandes divergências e como também não existem instituições infalíveis, as teorias de diálogo defendem que não existe uma última palavra, mas apenas última palavra provisória, seja do Parlamento, seja da Corte, seja do povo.⁵⁵

Para as teorias de diálogo, em meio às essas instituições políticas existentes na democracia constitucional, em tempos normais, dois protagonistas conversam e interagem, em última instância, entre si durante o processo de tomada de decisões políticas importantes; o Parlamento e a Corte constitucional.

Basicamente, essas teorias defendem que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório de direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições horizontais que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas. Separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementariedade infinitas.⁵⁶

Essa dualidade – que como veremos mais adiante, nada tem a ver com o dualismo proposto por Ackerman – é gênese daquilo que Conrado Hubner chama de ‘o mesmo velho problema’, que é o impasse de divergência entre as duas instâncias eminentemente deliberativas.⁵⁷

Controvérsias sobre quem deveria ter a última palavra em conflitos sobre direitos fundamentais [...] são percebidos como uma tensão não apenas entre duas instituições – parlamentos e cortes – mas também entre dois ideais políticos – respectivamente, democracia e constitucionalismo. Se o primeiro ideal se propõe a realizar algum governo do povo, o segundo busca assegurar que o poder tenha limites. Por trás da interação entre duas instituições políticas, portanto, encontra-se o problema de como balancear as demandas procedimentais e substantivas desses dois ideais.⁵⁸

⁵⁵ HÜBNER, Conrado Mendes. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Disponível em: <pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>. Acesso em 21 jan. 2016.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ HÜBNER, Conrado Mendes. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Disponível em: <pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>. Acesso em 21 jan. 2016. Ibidem.

As teorias de diálogo são mais refinadas quanto à sensibilidade temporal e enxergam uma infundável circularidade que vislumbra as decisões, não como elementos isolados, mas integrados. Por isso, não idealizam nem o legislador nem a Corte constitucional, mas sim a sinergia dos trabalhos interdependentes, que nunca são, nem devem ser o fim da linha.⁵⁹

A legitimidade do Parlamento para tomar decisões democráticas em nome do povo decorre do resultado de urnas sufragadas em eleições livres, periódicas, secretas e universais. O parlamento é composto por representantes do povo, que agem como porta-vozes da vontade popular. A relação entre Parlamento (legisladores) e a democracia surge como óbvia e natural, prescindindo de ônus justificativo para suas decisões.⁶⁰

Segundo Paulo Bonavides,

O sufrágio é o poder que se reconhece a certo número de pessoas (o corpo de cidadãos) de participar direta ou indiretamente na soberania, isto é, na gerência pública.

Com a participação direta, o povo politicamente organizado decide, através do sufrágio, determinado assunto de governo; com a participação indireta, o povo elege representantes.⁶¹

A legitimidade do Parlamento apoia-se, predominantemente, na representação eleitoral proporcional e suas decisões são vistas como a vontade indireta do povo.

Para Bonavides, “uma insubstituível receita com que fabricar democracia em qualquer país: fazer eleições limpas e frequentes e conceder liberdade ao povo e aos partidos para promover o comício e comparecer às urnas”.⁶²

De forma semelhante pensa José Álvaro Moisés

[...] o estabelecimento de um regime democrático implicaria basicamente nas seguintes condições: 1) direito dos cidadãos escolherem governos por meio de eleições com a participação de todos os membros adultos da comunidade política; 2) eleições regulares, livres, competitivas e abertas; 3) liberdade de expressão, reunião e organização, em especial, de partidos políticos para competir pelo poder; e 4) acesso a fontes alternativas de informação sobre a ação de governos e a política em geral.⁶³

Eleições periódicas, universais, livres e secretas realizam os ideais de liberdade e igualdade na participação individual de cada cidadão, já que guardados pelo sigilo da cabine de

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 245.

⁶² Idem. **Teoria do estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 196.

⁶³ MOISÉS, José Álvaro. **Cultura política, instituições e democracia: lições da experiência brasileira**. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v23n66/02.pdf> >. Acesso em 21 jan. 2016.

votação, o cidadão é livre para fazer as escolhas que melhor lhe represente ou interesse. Por outro lado, a universalidade, compreendida como aquela característica que visa a abarcar todos – ainda que existam pré-requisitos para o voto, a exemplo de idade mínima – equipara todos os cidadãos ao atribuir-lhes igual valor a partir de cada voto.

Ante a impossibilidade de obter consenso quanto ao conteúdo das decisões, os postulados da igualdade e liberdade são melhor preservados por meio de procedimentos que, em tese, permitiriam concluir pelo consenso ou aceitação, não à decisão, mas à forma como ela foi tomada. A isso se propõem os arranjos políticos numa democracia constitucional, otimização do direito de participação em condições de igualdade, desde que respeitadas as minorias.

Como a democracia é procedimental, também procedimentalmente se protege a minoria e o único limite substantivo da maioria na democracia é que sejam respeitados os procedimentos destinados a preservar o direito das minorias participarem das decisões importantes conferindo-lhes igual valor individual àquele conferido aos indivíduos pertencentes à maioria. Em outras palavras, os limites substanciais da democracia procedimental residem na impossibilidade de se alterar eleições periódicas, livres e justas como forma de determinar a vontade do povo.⁶⁴

Waldron, concordando que a democracia é procedimental, sugere que decisões democráticas não precisam ser boas, corretas, nem precisam demonstrar “sabedoria da multidão”, precisam ser apenas legítimas⁶⁵. As decisões democráticas serão legítimas se lastreadas no princípio da maioria e na métrica da igualdade.

Qual maneira de proceder é mais equitativa para cada um e para todos os indivíduos envolvidos? [...]

[...] o método de decisão majoritária também confere caráter decisivo máximo a cada membro, sujeito apenas à restrição da igualdade. Nesse sentido, a decisão majoritária apresenta-se como um método equitativo de decisão e como interpretação natural da agregação física das forças na física do consentimento.⁶⁶

Entretanto, embora eleições representativas que sigam o princípio da maioria sejam a forma de melhor definir representantes, elas não necessariamente protegem as minorias.

⁶⁴ Kelsen, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁶⁵ Waldron, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁶⁶ Ibidem, p. 180.

1.4 Sobre a revisão judicial e a proteção das minorias

Em democracias representativas modernas, sobretudo em razão de grandes populações e extensos territórios, a deliberação popular se dá por intermédio de seus representantes, pois não é viável a participação ativa direta dos cidadãos. Kelsen enxerga nas eleições proporcionais a possibilidade de melhor se representar a vontade do povo ou a vontade do Estado e proteger as minorias.⁶⁷

Para Bonavides

Na democracia representativa tudo se passa como se o povo realmente governasse; há portanto, a presunção ou ficção de que a vontade representativa é a mesma vontade popular, ou seja, aquilo que os representantes querem vem a ser legitimamente aquilo que o povo haveria de querer, se pudesse governar pessoalmente, materialmente, com as próprias mãos.⁶⁸

No mesmo sentido Celso Ribeiro de Bastos, para quem “a democracia representativa ou indireta, consiste na expressão da vontade do povo através da eleição de representantes, quer dizer, o povo não pode exercê-la diretamente mas apenas através de seus representantes”.⁶⁹

Para Kelsen, o sistema proporcional de eleição de representantes “tende a criar um meio-termo entre os interesses opostos, uma resultante de forças sociais de sentido contrário” na medida em que viabiliza que diferentes pontos de vista e grupos de interesses possam expor suas ideias e tê-las levadas em consideração com o mesmo grau de valia, protegendo as minorias, que usualmente são organizadas em pequenos partidos políticos.⁷⁰

A proporcionalidade, portanto, [...] produziu um efeito que identificamos como resultado do jogo de forças que constitui a essência do Estado democrático de partidos. Nesse caso não é o interesse de um único grupo que se torna vontade do Estado. Esta vontade é determinada por um procedimento no qual os interessados dos diversos grupos organizados em partidos entram, como tais, numa luta que termina num compromisso. Mas se a vontade do Estado não deve exprimir o interesse unilateral de um partido, é preciso garantir que todos os interesses partidários tenham a possibilidade de se exprimir e concorrer, para que entre eles haja um compromisso final. As garantias nesse sentido são oferecidas pelo procedimento que se desenvolve no interior de um parlamento fundado no sistema eleitoral proporcional.⁷¹

⁶⁷ Kelsen, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 295.

⁶⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 139/140.

⁷⁰ Kelsen, Hans. Op.cit.

⁷¹ Ibidem, p. 74.

Nos Estados Unidos, os Federalistas também se preocuparam com a proteção das minorias, daquilo que entendiam ser ‘facções tirânicas’, que historicamente usurpavam os poderes de diferentes funções estatais em prejuízo do povo, verdadeira e “única fonte de toda a autoridade legítima”.⁷²

As diferentes classes de cidadãos tem necessariamente interesses diversos; e quando a maioria está unida por um interesse comum, achão-se necessariamente em perigo os direitos da minoria. Para prevenir este inconveniente não conheço senão dois modos: o primeiro criar na sociedade uma vontade independente da maioria, e portanto da sociedade mesma; o segundo, fazer entrar na sociedade tantas classes diferentes de cidadãos, quantas seja preciso para que não possa ter lugar uma combinação injusta da maioria.

[...]

Neste governo, não só toda a autoridade vem da sociedade e he dependente, mas a mesma sociedade he dividida em tão grande numero de partido, compreende tantos interesses diversos, e tantas classes diferentes de cidadãos, que dificulosamente podem ser atacados pela maioria os interesses da minoria ou mesmo dos indivíduos.⁷³

Dallari enxerga no sistema de representação proporcional mecanismo de defesa, proteção e representatividade das minorias, mas não vê no sistema uma segurança definitiva ou uma garantia de representação das minorias no Brasil, pois em seu modo de vista, há em nosso país uma “preponderância de fato dos grandes partidos, que têm maior número de representantes, resultando disso tudo a completa inautenticidade da representação”.⁷⁴

Reinhold Zippelius atribui à proteção das minorias, dois objetivos primordiais: primeiro, equiparar os indivíduos pertencentes às minorias aos indivíduos pertencentes às maiorias em relação aos direitos fundamentais (liberdades, direitos políticos e direito de prestações de contas por parte do Estado); segundo a proteção de costumes, etnias e tradições.⁷⁵

Além de Dallari, outros críticos há que não acreditam que o sistema eleitoral proporcional não resolve o problema a que se propõe solucionar, entretanto, voltamos à ideia de Kelsen com respeito à realidade que sustenta a teoria. Assim, pensamos que da mesma forma que a democracia teórica não consegue resolver todos os desafios democráticos práticos, pensamos que ainda assim e mesmo que por vezes injusta e falível, as eleições proporcionais ainda são a melhor forma disponível para se dar voz às minorias, protegendo-as e as fazendo

⁷² MADISON, James, HAMILTON, Alexander, JAY, John. **Federalistas**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve Comp., 1840, p. 2015. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661>>. Acesso em 14 mar. 2016.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Tradução Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

representadas. Em outras palavras, até onde se sabe, eleições proporcionais periódicas, livres e justas são a melhor maneira, ou ao menos a maneira mais próxima conhecida/possível de se identificar a vontade do povo e de se proteger as minorias.

O outro ideal político citado por Hubner é a Corte constitucional. Sua tarefa precípua, e assim o é na democracia constitucional brasileira, é especificamente limitar o exercício do poder político de modo a respeitar e preservar conquistas do povo – direitos fundamentais – feitas ao longo do tempo, evitando retrocesso.

Nesse contexto, tem-se observado no mundo, sob influência do modelo norte-americano, um sistemático engrandecimento do Judiciário e das Cortes constitucionais. Alguns autores chamam esse fenômeno de ‘supremacia judicial’ e a creditam a uma invenção da Corte norte-americana surgida com o julgamento ‘*Marbury vs. Madison*’, que se convencionou chamar de ‘*judicial review*’ ou revisão judicial, e a atribuem a uma “permanente desconfiança e o questionamento da legitimidade em relação aos Poderes Legislativo e Executivo”.⁷⁶

Em ‘tempos normais’, o governo deve tomar as decisões nos caminhos já traçados e estabelecidos pela Constituição. Nesses períodos, a atuação da Corte deve pautar-se pelo conservadorismo, preservando a vontade do povo expressa na Constituição e protegendo o povo e as minorias de políticos e instituições que se digam porta-vozes do povo com maior representatividade do que verdadeiramente venham a ter.⁷⁷

Na democracia constitucional, o Tribunal deve ter consciência de que é impraticável e por isso irreal, que os cidadãos do povo estejam constantemente envolvidos com questões políticas. Deve ter ciência de que é inevitável alguma corrupção entre os representantes do povo, que agem de modo a corroer as virtudes criadas pela comunidade política em momento de maior engajamento político do povo.⁷⁸

O ‘velho problema’ é que, o vigia dos limites do poder do Parlamento é a Corte constitucional, cujo trabalho pode significar revisão judicial, ou seja, a Corte possui a

⁷⁶ ARAÚJO, Luís Cláudio Martins. **Supremacia ou diálogos judiciais?** O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/19791312>>. Acesso em 21 jan. 2016.

⁷⁷ MOGLEN, Eben. *The Incomplete Burkean: Bruce Ackerman's Foundation for Constitutional History*. **Yale Journal of Law & the Humanities**: Vol. 5: Iss. 2, 1993. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol5/iss2/10>>. Acesso em 21 jan. 2016.

⁷⁸ WALDRON, Jeremy. *The constitutional conception of democracy*. Extraído da obra “*Law and disagreement*”. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/WaldronConstitutional.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2015.

autoridade constitucional de declarar uma lei, inconstitucional. Nessa dinâmica, a vontade do povo representada pelo Parlamento é contrariada pela opinião de magistrados não eleitos.

Tornou-se célebre a expressão cunhada por Bickel ‘dificuldade contramajoritária’ para simbolizar um desafio de legitimidade enfrentado pela Corte ao invalidar uma decisão do Parlamento. Para este autor, a Corte constitucional teria uma missão educadora que se traduziria na forma como ela estimularia um processo deliberativo na sociedade, tolerando ‘desvios de princípio’ para uma adaptação mais estável das relações e das evoluções sociais.⁷⁹

Há algum consenso na doutrina acerca da necessidade da revisão judicial para o bom prosseguir da democracia constitucional, mas isso não significa que decisões contramajoritárias não tenham, em alguma medida, natureza antidemocrática e que a (i)legitimidade da revogação da vontade dos representantes do povo não deva ser questionada.

Em trabalho acadêmico publicado após sua nomeação como ministro do STF, Roberto Barroso sustenta que ainda que não eleitoralmente, a Corte constitucional tem uma legitimidade representativa indireta e que, em sua percepção, muitas vezes seria possível dizer que há mais identidade entre as decisões do STF e a vontade do povo do que em algumas decisões do Parlamento.⁸⁰

Esta pesquisa assume que a revisão judicial é uma ferramenta democrática necessária e desejável, instituída pelo povo como forma de limitar o poder de representantes do povo e das paixões das maiorias, portanto, afiliamo-nos à compreensão de que mesmo sem ser eleitos, existe um elo representativo entre a Corte constitucional e os magistrados constitucionais. Admitimos que ela se destina a preservar as conquistas constitucionais ao longo da história e aceitamos sua legitimidade representativa, ainda que indireta, mesmo de suas decisões contramajoritárias.

“A revisão judicial, além de mero contrapeso ou um ‘veto a mais’, legitima-se por seu potencial de enriquecer a qualidade argumentativa da democracia, por propiciar uma ‘interlocução institucional’”.⁸¹

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁸¹ HÜBNER, Conrado Mendes. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Disponível em: <pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>. Acesso em 21 jan. 2016.

Referindo-se à revisão judicial praticada pela Corte constitucional na democracia americana, Ackerman anota:

Rejeitando um dispositivo de lei normal, a Corte busca um objetivo menor do que a democracia em si. Ela questiona o mandato popular dos políticos e estadistas na capital federal. Embora todos os representantes tenham sido eleitos, eles o foram com base em votação da maioria dos cidadãos que reconhecem não ter delegado a resolução de questões essenciais que merecem atenção especial. O Presidente e o Congresso normalmente não dispõem de apoio efetivo do povo [...] para atacar princípios estabelecidos pelo sucesso conquistado no passado no âmbito da política constitucional. Se a Corte estiver certa em achar que esses políticos e estadistas foram além do seu mandato, ele estará ampliando a democracia, e não a frustrando, ao revelar nossos representantes como meros 'porta-vozes' do povo, cuja palavra não deve ser confundida com o julgamento coletivo do povo em si mesmo.⁸²

Desse trecho, podemos extrair outras duas conclusões importantes, quais sejam, primeiro, embora os representantes do povo representem o povo, eles não são o povo e suas decisões estão e devem estar submetidas a um controle constitucional de compromisso com aquilo que decidido no momento de grande engajamento da população na promulgação da Constituição de 1988.

Segundo, o dualismo não rivaliza nem é incompatível com a doutrina e o instituto da revisão judicial. O dualismo acredita que as decisões dos representantes do povo devem se ater à Constituição e aos significados constitucionais interpretados pela Corte, mas a Corte deve ser sensível ao sentimento constitucional do povo, sob pena de usurpar-lhe a soberania popular.

Na opinião de Barroso, com a qual comungamos nesse particular,

O Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de ser o intérprete final do direito, nos casos a ele submetidos, mas não é o dono da Constituição. Justamente ao contrário, o sentido e o alcance das normas constitucionais são fixados em interação com a sociedade, com outros Poderes e com as instituições em geral. A perda de interlocução com a sociedade, a eventual incapacidade de justificar suas decisões ou de ser compreendido, retiraria o acatamento e a legitimidade do Tribunal.⁸³

A legitimidade constitucional da revisão judicial concentra-se no fato de que os valores preservados nessas decisões judiciais contramajoritárias foram aqueles eleitos pelo povo em momento de maior mobilização. O povo, em momento de grande engajamento político entendeu que o Parlamento seria imprescindível, mas não suficiente para preservar a

⁸² ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 366.

⁸³ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 34.

democracia e os direitos fundamentais, conferindo-lhe a tarefa de segurar o ímpeto do poder político na condução do Estado.

Embora a Corte não se submeta aos testes das urnas, não significa que ela não esteja sujeita a ser aprovada ou reprovada pela população. Isso é relevante porque a autoridade do argumento da Corte também se dá na forma como a sociedade enxerga nela (Corte) a guardiã dos valores consagrados nos momentos de maior envolvimento político. Assim, pode-se dizer que decisões judiciais integram e interagem com decisões políticas.⁸⁴

Nas eleições, o povo escolhe representantes, seja para o Executivo, seja para o Legislativo para tomar decisões dentro dos limites estabelecidos pelo povo em momentos de maior engajamento popular com assuntos políticos, momentos constitucionais. Assim, ao rejeitar um dispositivo de lei, a corte, legitimamente, protege a democracia e os valores fundamentais que o povo, não seus representantes, escolheram para si e sua posteridade.

A Corte não é guardiã da Constituição porque os juízes são seres humanos dotados de saber superior ou detentores de melhor moral pública. Tampouco são portadores de *carte blanche* que lhes franqueia tomar qualquer decisão que queiram. A legitimidade da Corte reside nos limites dos significados constitucionais forjados ao longo dos anos. A Corte não pode alterar os significados, nem estabelecer princípios, embora possa reconhecer que o povo mudou de ideia quanto a um significado ou um princípio, afinal o compromisso da Constituição é com o diálogo e não com os significados constitucionais estabelecidos pela geração constituinte.⁸⁶

A democracia constitucional compreende que princípios e crenças são transitórios, daí a importância acentuada que tem o procedimento para garantir que novos princípios e novas crenças possam ter voz na posteridade. As decisões da Corte devem ser pautadas também por critérios de necessidade. O conservadorismo permite um planejamento mais cauteloso das mudanças. Evita espasmos e preza pela estabilidade e continuidade. Nos termos empregados por Bickel, a Corte deve ser um “animal político prudente”⁸⁷. Or Bassok compartilha da mesma

⁸⁴ HÜBNER, Conrado Mendes. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Disponível em: <pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>. Acesso em 21 jan. 2016.

⁸⁵ Neste aspecto, concordam também Hubner e Barroso em suas obras já citadas.

⁸⁶ HÜBNER, Conrado Mendes. Op.cit.

⁸⁷ KRONMAN, Anthony Townsend. **Alexander Bickel's Philosophy of prudence**. (1985). Faculty Scholarship Series.Paper 1064. <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1064> . Acesso em 21 de jan. 2016.

opinião e acredita que o dualismo de Ackerman entende a missão da Corte Constitucional, predominantemente, como a de *player* “preservacionista”.⁸⁸

Para as teorias de diálogo, o diálogo é um produto fundamental para a separação de poderes que devem ser autônomos, harmônicos e interdependentes, pois ainda que a Corte constitucional seja eleitoralmente irresponsável, ela não é eleitoralmente imune e atua dentro do contexto político-histórico de sua época, se por nenhuma outra razão, pelo simples fato de que seus membros são indicados por políticos eleitos – ao menos no Brasil.

A relação de tensão entre a Corte o Parlamento constitui um diálogo importante. Ela concebe a legitimidade democrática da Corte, mesmo que não diretamente representativa, tendo como legítimas eventuais decisões contra majoritárias.

Decisões da Corte constitucional que sejam absolutamente dissonantes do espírito e da realidade social perdem credibilidade e podem, com o tempo, comprometer a legitimidade do Tribunal, que não pode inovar em princípios ou em significados aleatoriamente.⁸⁹

São, portanto, esses três arranjos políticos, os principais instrumentos deliberativos que dão sustentação às democracias constitucionais: 1) eleições realizadas em determinadas condições (liberdade, sigilo e universalidade); 2) decisões do parlamento e, 3) revisão judicial mediante interpretação segundo à qual a vontade do parlamento seja inconstitucional.

Como o objeto da pesquisa diz respeito à rupturas provocadas pelo povo, no próximo tópico trataremos de tempos constitucionais ou de grande agitação e envolvimento popular com assuntos e questões políticas.

Utilizaremos como marco teórico, o dualismo constitucional proposto por Bruce Ackerman e analisaremos suas proposições naquilo que diz respeito à verificação ou reconhecimento de legitimidade de uma proposta feita em nome do povo. O intuito principal é descobrir como e em que condições, no dualismo, movimentos políticos ganham ou adquirem a legitimidade reconhecida pela sociedade, de serem porta-vozes da soberana vontade do povo,

⁸⁸ BASSOK, Or. **The two countermajoritarian difficulties**. Sain Louis School of Law, Vol. XXXI:333 (2012) Disponível em: < http://www.slu.edu/Documents/law/PLR/Archives/PLR31-2_Bassok_Article.pdf >. Acesso em 21 jan. 2016.

⁸⁹ Ibidem.

para mais tarde pôr a hipótese da pesquisa aos testes de verificação dos critérios propostos por Ackerman.

1.5 Dualismo de Bruce Ackerman e legitimidade do povo em momentos constitucionais

Ao admitir o ‘diálogo constitucional’ como laço central das pessoas e das gerações, Ackerman acredita que a Constituição seja um ‘ato profundo de determinação política’ e que a história desse diálogo define a identidade político-constitucional de um povo. A Constituição traduz-se num “potente símbolo da identidade nacional, e não apenas um fetiche legalista”.⁹⁰

Também para este autor, a democracia constitucional é, essencialmente, uma democracia de direitos procedimentais. O direito de tomar parte no debate público é o direito fundamental que estaria na origem daquilo que o autor chama de ‘constitucionalismo patriótico’.

Waldron chama de ‘direito dos direitos’, o direito de participar na elaboração das leis⁹¹. A participação ativa do povo na condução política do Estado de outras formas que não as eleições, as decisões dos parlamentares (ou mesmo pelo Executivo) ou a revisão judicial, é o que garante à Constituição democrática americana, na visão de Ackerman, a qualidade dualista, cuja característica principal é a possibilidade de que as decisões políticas importantes possam ser tomadas também pelo povo norte-americano em complemento ao seu governo.⁹³

A democracia dualista existe em oposição à democracia monista, que concede à parte vencedora das eleições, a autoridade para criar as leis necessárias para governar da maneira que melhor entender, legitimamente em nome do povo, contanto que as eleições tenham sido justas e que os vencedores não tentem impedir a realização de novas eleições igualmente justas periodicamente.⁹⁴

No monismo, a vitória nas urnas garante aos governantes a legitimidade para tomar decisões em nome do povo e qualquer objeção a esse direito representa um intragável obstáculo

⁹⁰ Ibidem, p. xvii.

⁹¹ WALDRON, Jeremy. *The constitutional conception of democracy*. Extraído da obra *Law and disagreement*. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/WaldronConstitutional.pdf>>. Acesso em nov. 2015.

⁹² ROUSSEAU *apud* BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. “O direito de voto é um direito que ninguém pode tirar aos cidadãos”.

⁹³ ACKERMAN, Bruce. Op.cit.

⁹⁴ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 9.

contra majoritário. Se o poder é do povo, ele é delegado a quem o povo escolher representa-lo e não oficiais do Estado, ainda que ministros e juízes altamente gabaritados, mas que não tenham sido submetidos ao teste mais característico da democracia: eleições periódicas livres e justas.⁹⁵

A crítica dualista ao monismo é que, em tese, ele permite que governantes eleitos pelo povo criem leis que negligenciem valores e direitos que o próprio povo já estabeleceu previamente como fundamentais, portanto, que retrocedam em conquistas importantes em absoluto prejuízo do povo de agora e da posteridade.

O dualismo parte do princípio que a democracia deve preservar conquistas do povo e direitos fundamentais estabelecidos pelo povo, impondo aos governantes árduos obstáculos para que possam tomar uma decisão que rompa com alguma decisão importante anterior ou para que se possa dizer que o povo mudou de opinião quanto ao que já definido outrora.⁹⁶

Na opinião do Ackerman, o dualismo é a forma de governo que melhor expressa a vontade dos americanos e eles creditam suas maiores conquistas constitucionais às lutas populares. A democracia dualista reverencia e fortalece as vitórias do passado, mas compreende que é natural que algumas diretrizes e valores estejam mais relacionados com determinados períodos e épocas, sendo razoável que em um momento futuro, a conquista do passado apenas represente um degrau na escada da evolução constitucional de um povo entre gerações.⁹⁷

Por isso, Ackerman destaca que a Constituição precisa respeitar e entender a narrativa do passado, pois “o que narramos sobre a natureza e a história do nosso passado constitucional irá, em tempo, estabelecer os caminhos do presente e do futuro do nosso país”.⁹⁸

Na visão do autor, esses registros históricos que são e podem ser utilizados por profissionais do direito constituem a narrativa profissional e direcionam imensamente decisões de parlamentares e magistrados sobre questões constitucionais, mas não podem agir como empecilho ao contato com os fatos históricos e a realidade social do momento.⁹⁹

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁹⁷ Ibidem, p. 21.

⁹⁸ Ibidem, p. 50.

⁹⁹ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Para Ackerman, o dualismo democrático dá o devido valor às conclusões políticas alcançadas como resultado de um processo extraordinário de mobilização, debate e testes institucionais que culminam num movimento popular que ganha a autoridade para fazer “*higher law*” ou normas constitucionais em nome do povo soberano. A história dessas mobilizações é recontada e utilizada por advogados e juízes ao examinar a história constitucional de um país. Todo dia, nos tribunais, departamentos e repartições públicas, operadores do direito se voltam a alguns grandes momentos de conquistas constitucionais para buscar orientação.¹⁰⁰

Ackerman crê que uma Constituição dualista é mais do que uma ideia incutida na cabeça das pessoas, é uma prática evolutiva conjugada pelas diferentes gerações, na maneira como elas se engajam, debatem e resolvem suas divergências em relação a identidade e ao destino da nação.¹⁰¹

A democracia constitucional dualista entende que longevidade e efetividade do Texto constitucional está direta e proporcionalmente ligada à sua adequação da missão integradora que lhe compete junto à sociedade, portanto, é não apenas esperado, como também necessário que haja uma confluência de espírito, de ideologia e de crença entre o que o povo quer e o que se interpreta da Constituição, para que, numa democracia constitucional, a Carta seja legitimamente recepcionada, validada e produza, com eficácia, os efeitos pretendidos entre os cidadãos.¹⁰²

Na democracia constitucional, a relação entre gerações é necessária na medida em que o ponto de partida de uma geração, do ponto de vista constitucional, representa um ponto de chegada de outra, mas não existe compromisso de lealdade interpretativa da Constituição com as gerações passadas.

Compreende-se e aprecia-se as contribuições e os avanços conquistados pelas gerações antecedentes, mas não há compromisso do futuro com o passado. Obviamente, há compromissos com os avanços e contra o retrocesso, mas não há lealdade com o passado no

¹⁰⁰ Idem. *Constitutional Politics/Constitutional Law in The Yale Law Journal*, Vol. 99, number 3, Dez. 1989. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1139&context=fss_papers>. Acesso em 21 jan. 2016.

¹⁰¹ ACKERMAN, Bruce. Op.cit., 2006.

¹⁰² BACHOF, Otto. Tradução José Manuel M. Cardoso da Costa. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

sentido de engessar o avanço da história com base em acontecimentos pretéritos ou soluções utilizadas para problemas já resolvidos.

A evolução precisa conhecer e respeitar a narrativa do passado, pois ela representa o caminho percorrido, os erros e acertos, ponderados e refletidos, da experiência constitucional de um país através das gerações, mas não pode representar impossibilidade de progresso ou de adaptação às novas realidades sociais, pois, assim como o direito e as relações que ele visa disciplinar, tudo é transitório.¹⁰³

Sobre essa relação entre gerações, Ackerman pondera que não é a toda hora que ocorre um momento constitucional importante, mas apenas esporadicamente, e isso faz com que os atores desses momentos nem sempre possam dialogar, defender ou explicar suas razões para os atores de outrora para juntos solucionarem o novo problema.

[...] o desafio é colocar-nos em uma discussão entre gerações. Conforme alcançamos a nossa maturidade política, podemos concluir que os norte-americanos de hoje não se posicionam como exploradores de uma nova colônia em um novo mundo previamente desabitado. Eles se encaixam em um quadro político já estabelecido contando com uma complexa prática simbólica carregada de significado por meio do pensamento e da ação de gerações anteriores. Podemos tentar, se quisermos, varrê-los em um grande gesto de desprezo ou, deixá-los morrer lentamente, recusando-nos a escutar as vozes daqueles que anteriormente os proferiram.

Há, entretanto, sabedoria nessas vozes se tentarmos escutá-las. Elas podem nos ensinar como gerações passadas se engajaram à época em conquistas democráticas em uma escala continental; como elas souberam sustentar a política democrática durante tais períodos quando o envolvimento dos cidadãos era bem menos criativo. [...]

A comunicação com o passado é somente parte do processo por meio do qual o presente ganha sua própria voz e, dessa forma, presta sua contribuição duradoura à tradição constitucional.¹⁰⁴

A percepção de uma conquista do passado por alguém que não a vivenciou é circunstancialmente diferente daquela de quem atuou para tanto. O passar do tempo faz com que o contato de gerações posteriores com acontecimentos do passado se dê, primariamente, por meio de livros e registros históricos, o que naturalmente cria um distanciamento entre as gerações.

A condução política da nação é fortemente influenciada pelo discurso público construído sobre a evolução registrada de um povo; a forma como o povo vê e lê seus avanços e percalços, a maneira como enfrentou e superou – ou não – seus problemas; tudo isso constitui

¹⁰³ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 30/31.

a narrativa profissional. Esse é o laço existente na democracia constitucional que une uma nação.¹⁰⁵

[...] a narrativa que utilizamos sobre as raízes da nossa Constituição é um ato profundamente significativo de autodefinição coletiva; sua contínua repetição desempenha um papel crítico na construção usual da identidade nacional.

[...]

O que narramos sobre a natureza e a história do nosso passado constitucional irá, em tempo, estabelecer os caminhos do presente e do futuro de nosso país.¹⁰⁶

Em outras palavras, a história constitucional oficial, contada e repetida – seja ela verdadeira ou não – influencia enormemente não só a forma como resolvemos questões no presente, mas também daquilo que acreditamos ser o melhor caminho para o futuro.

Nada obstante, é preciso tomar cuidado, pois há de ser levado em consideração que alguns episódios que marcaram certas conquistas, se deram há muitos anos atrás e em outros contextos sócio-políticos; é necessário questionar se esses parâmetros ainda servem para hoje e, mais ainda, se servem para o futuro.

Ackerman alerta que a narrativa profissional tende a criar mitos que se fortalecem ao longo do tempo, mas que podem não mais corresponder à realidade vigente – se é que algum dia corresponderam à realidade. É dizer, determinados contextos políticos criam determinadas conjunturas políticas que demandam determinadas ações, porém, esses contextos e conjunturas não se perpetuam, logo, nem tampouco deveriam se perpetuar as soluções utilizadas para resolver os problemas já superados.¹⁰⁷

O passar dos anos apenas afasta as futuras gerações das gerações antepassadas, facilitando uma descontextualização de capítulos da história, conquistas e avanços, criando uma visão equivocada sobre o que aconteceu, seja no sentido de sub ou supervalorizar algum acontecimento.

¹⁰⁵ Com o termo nação, queremos significar as gerações antecedentes, as atuais e as futuras.

¹⁰⁶ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁰⁷ Ibidem.

Com isso em mente, Ackerman lança uma indagação para os americanos que poderia ser feita aos leitores brasileiros: “Como deve a história do nosso passado se relacionar com os princípios democráticos dualistas que organizam nossa ordem constitucional?”¹⁰⁸

Acreditamos que o que autor quis perguntar é: conquistas do passado devem representar obstáculos para conquistas do futuro? Sua pesquisa responde negativamente a essa pergunta, e ele sugere que a história deveria ser apenas um obstáculo para um futuro melhor e não uma trilha enigmática contínua, com pistas a serem decifradas para que se possa fazer o próximo avanço.¹⁰⁹

O trunfo do dualismo, para Ackerman, é que ele reconhece que, como o poder é do povo, o povo, em momentos constitucionais pode voltar atrás em algo que estabeleceu em outras circunstâncias políticas, como fundamental e importante e rever o seu posicionamento.

É justamente o diálogo entre gerações que sustenta avanços constitucionais, fundados em novas interpretações dos valores insculpidos no texto constitucional, pois as mudanças do tempo também causam mudanças nas pessoas e na maneira das pessoas pensarem. Essa visão sugere que a democracia dualista, dentro da ideia de liberdade, consagra a autonomia como um valor fundante para o modelo, na medida em que embora conceba e admita a importância da Corte constitucional proteger a Constituição de ataques a direitos fundamentais, vislumbra a eventual possibilidade do povo fazer novas escolhas.

A concepção de democracia dualista garante que os indivíduos possam quotidianamente buscar a realização de seus projetos pessoais de vida, mas, ao mesmo tempo, assegura a possibilidade de que, em momentos históricos decisivos, o conjunto de cidadãos, alterando o significado dos valores que compartilham, delibere acerca do seu próprio destino.¹¹⁰

Ackerman aponta, contudo, que as conquistas constitucionais do passado contribuíram, ironicamente, para uma “despolitização” do cidadão comum. As vitórias do passado contribuíram para que os cidadãos das gerações posteriores buscassem e alcançassem felicidade e satisfação pessoal fora da vida pública.¹¹¹

Mas ainda que o dualismo de Ackerman seja bem aceito no mundo acadêmico, muitas críticas existem, em especial à sua leitura dos fatos históricos e à sua interpretação de como os

¹⁰⁸ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Ibidem, p. Xxii.

¹¹¹ Ibidem, p. 318.

fatos históricos teriam influenciado a história, a exemplo de Randy Barnett, que critica a forma como Ackerman aborda a história constitucional dos EUA e a maneira como ele defende serem legítimas, decisões do povo que precisam ser impostas em uma minoria que pode, eventualmente, dissentir daquele posicionamento ou daquela nova mudança.¹¹²

Acreditamos que a essa crítica, Ackerman responderia que, enquanto documento legal que visa resguardar direitos procedimentais, a Constituição está sujeita, não à utopia da democracia, mas à realidade que a sustenta, que entende que povo ativo na história das democracias, tem sempre sido uma fração da coletividade inteira.

Assim, a democracia constitucional legitima decisões dessa fração, como representativas da vontade de toda coletividade, já que se sabe através da experiência, que nas democracias modernas, pelas mais variadas razões, sobretudo grandes populações e vastos territórios, não é possível, reunir todos membros de uma dada sociedade – e certamente é o caso do Brasil – para tomar as decisões que são importantes ou mesmo concordar com o conteúdo das decisões divergentes.¹¹³

Os procedimentos estabelecidos na Constituição, que por vezes têm se demonstrado demasiadamente complexos e onerosos aos revolucionários, agem como freio de consciência da coletividade, obrigando que mudanças sensíveis passem por um escrutínio jurídico e teste de apoio da parcela politicamente ativa que se reconhece como povo.¹¹⁴

Como não é possível unanimidade entre todos os membros de uma democracia moderna, aceita-se como a vontade do povo, aquelas manifestações advindas de uma parcela substancial – maior minoria melhor organizada - aferidas por meio dos procedimentos previstos e bem organizada dos membros politicamente ativos.

Em democracias constitucionais dualistas, como são os EUA e o Brasil, quando há propostas de mudanças programáticas sensíveis, além do apoio da maioria dos membros politicamente ativos, as propostas devem ser objeto de exame jurídico minucioso para que se

¹¹² Ibidem.

¹¹³ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹¹⁴ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

possa entender que a mudança é legítima vontade do povo e que é constitucional, no sentido de compatível com o restante do ordenamento constitucional.

O que nos traz àquele que talvez seja o ponto que mais nos interessa no trabalho de Ackerman, qual seja, o que torna legítima a vontade do povo? Quais são os desafios que propostas de mudanças precisam percorrer e superar, a fim de que se possa dizer que representam, verdadeiramente, a vontade do povo? Que circunstâncias indicam que tal manifestação representa verdadeiramente a vontade do povo? Em outras palavras, quais são os critérios para um momento constitucional?

As decisões tomadas pelo povo raramente ocorrem e estão sujeitas a condições constitucionais especiais. Antes de se conquistar a autoridade para exercer a lei suprema em nome do povo, os partidários de um movimento político devem, primeiramente, convencer um número extraordinário de cidadãos comprometidos a conduzir sua iniciativa proposta com seriedade, demonstrando sua discordância política; em segundo lugar, devem permitir à oposição uma oportunidade justa de organizar suas forças; em terceiro lugar, devem convencer a maioria dos cidadãos simpatizantes a apoiar a iniciativa, enquanto o mérito é discutido repetidamente nos fóruns estabelecidos para criação da nova lei. É somente dessa forma que um movimento político obtém a legitimidade plena, reconhecida pela Constituição dualista, a partir das decisões tomadas pelo povo.¹¹⁵

O autor identifica quatro estágios no ciclo de vida de um momento constitucional exitoso. No primeiro, a iniciativa busca chamar atenção e ganhar notoriedade para que seja levada a apreciação pública, o que não acontece com ‘frações ideológicas’ que se dissipam antes que o povo possa avaliar o que está sendo proposto.¹¹⁶

Num segundo momento “o processo de criação da norma constitucional apoia o movimento para centralizar o seu conteúdo de propostas operacionais para a reforma constitucional”.¹¹⁷

Na terceira etapa existe uma deliberação popular mobilizada, que submete às propostas ao processo deliberativo e ao escrutínio jurídico-constitucional das instituições e de outros grupos que, aparentemente, silentes, apoiavam o movimento. A defesa dos direitos e garantias tradicionais, na maioria das vezes, rebate o que proposto pela iniciativa, impondo usual derrota

¹¹⁵ Ibidem, p. 7.

¹¹⁶ Ibidem, p. 371.

¹¹⁷ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 372.

à maioria dos movimentos e a manutenção do *status quo*, o que significa a vitória do conservadorismo e das conquistas passadas.¹¹⁸

Ackerman sustenta, contudo, que, se do escrutínio deliberativo-jurídico-constitucional a proposta obtiver maior adesão e apoio, chega-se a quarta e última fase, que é aquela em que o *higher law making* é formalizado e as mudanças inseridas no ordenamento constitucional.¹¹⁹

Assim, a criação de uma nova norma constitucional passa primeiro pelo estágio da identificação do problema, depois para proposição de ideias, então uma fase deliberativa para, se aprovada, ser formalizada e institucionalizada. Depois disso tudo, ainda há a revisão judicial.

Para o autor

[...] normalmente as massas populares não se comprometem em uma única causa com tamanho grau de seriedade política; e é bastante prudente para os políticos e estadistas minimizarem a importância da controvérsia de princípios por medo de escolherem o caminho ideológico errado em tempos duradouros de passivo envolvimento popular.¹²⁰

Sabe-se que dissenso é próprio da democracia, portanto, diferentes ideias políticas são normais e saudáveis para o sistema, mas enquanto frações ideológicas, a maioria das ideias inovadoras sequer chega a ser apreciada pelo povo, porque em geral, representam e atraem a atenção de poucos membros da sociedade.

Numa sociedade livre e pluralista existem diferentes setores que reivindicam atenção e defendem temas e assuntos diversos, como aborto ou legalização da maconha, o que dispersa a atenção dos cidadãos comuns, que normalmente dedicam pouco tempo de sua vida à política, mas que constituem a grande massa de cidadãos e eleitores, portanto, parcela substancial do povo. Essa disputa natural pela atenção e apoio político traduz-se numa “falta de consenso amplo e sólido em direção a modificações futuras”.¹²¹

Em tempos normais, políticos aprenderam que apoiar alguma causa mais incisivamente pode acarretar problemas e ônus políticos, daí porque em geral, pensam ser mais prudentes não polemizar, pois sabem que a maioria dos eleitores não está engajada ou seriamente

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Ibidem, p. 378.

¹²¹ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 377.

compromissada com a maior parte das propostas de mudanças mais significativas¹²². Assim, não existe necessidade política de comprometimento.

Para Juliano Z. Benvindo, a concepção de momento constitucional segundo a doutrina de Ackerman demandaria a superação dos quatro estágios, ou seja, esse autor entende que o momento constitucional apenas ocorre quando há a institucionalização da norma.¹²³

Reconhecemos as etapas descritas por Ackerman como características de um momento constitucional exitoso, mas nossa leitura da sua doutrina dualista admite que existam momentos constitucionais fracassados, isto é, é possível que em alguns momentos existam mobilizações que pleiteiem, por exemplo, novo significado de um determinado princípio constitucional, e que exista uma mobilização de um número considerável de cidadãos que, aparentemente comprometidos com certas proposições, dissipem em meio à dificuldades em resistir aos ataques dos defensores dos direitos e garantias fundamentais tradicionais.

Nessa linha, concordamos com Juliano Z. Benvindo que os protestos de 2013 foram característicos de momentos constitucionais, mas entendemos que foram um momento constitucional frustrado no sentido de que, a despeito de pleitear mudanças sensíveis, não conseguiu suportar os testes procedimentais da democracia constitucional.

Pensamos que para a caracterização de um momento constitucional é apenas necessário que seja haja um significativo número de pessoas que defendam determinadas propostas que efetivamente venham a ser levadas a sério e sejam discutidas. Anote-se que amear apoio suficiente para que uma proposta de criação de norma constitucional seja eventualmente considerada pelas instâncias democráticas deliberativas é bastante difícil.

A superação dos quatro estágios, em nosso sentir, caracteriza um momento constitucional exitoso, mas isso não significa que não possam existir momentos constitucionais frustrados.

Mas que tipo de envolvimento e mobilização popular é necessária para que se diga que o povo mudou de ideia sobre alguma coisa? Em outras palavras, que tipo de comprometimento

¹²² Ackerman e Hubner compartilham desse posicionamento.

¹²³ BENVINDO, Juliano Zaiden. *Seeds of change: popular protests as constitutional moments*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2661853>. Acesso em 28 mar. 2016.

do povo é necessário para que o momento constitucional seja considerado exitoso? Três são os planos apresentados por Ackerman: profundidade, amplitude e poder de decisão.¹²⁴

No campo da profundidade, Ackerman parte do princípio de que, via de regra, cidadãos do povo não têm informações suficientes para defender, de forma sensata, uma opinião sobre as propostas inovadoras. Além disso, existe uma dificuldade no grau de reflexão dos cidadãos sobre as propostas, fazendo com que cidadãos normais não reflitam sobre a primeira reação à uma proposta, que geralmente é mais emotiva.¹²⁵

Aprender sobre uma determinada questão de natureza política é tipicamente uma atividade cumulativa; ela é composta de diálogos despretensiosos em família, e no ambiente de trabalho, da absorção das informações dos meios de comunicação gerando uma compreensão imediata e sólida das questões básicas do povo [...] e proporcionando um julgamento equilibrado sobre os interesses nacionais em geral.¹²⁶

Porém, antes de apoiar ou rejeitar uma proposta em nome dos direitos dos cidadãos e dos interesses permanentes da comunidade, é necessário ponderar e refletir tanto quanto ou mais do que se reflete quando se toma uma decisão pessoal importante. No caminho percorrido por propostas de mudanças constitucionais, os diálogos travados nos variados fóruns – conversas em casa, no trabalho, entre amigos, diálogos e críticas feitas pelos meios de comunicação etc – aprofundam-se e contribuem para uma reflexão mais densa por parte da sociedade com relação à alguma questão, sobretudo quando o diálogo é deslocado para os fóruns institucionais deliberativos próprios, como Parlamento e Corte.

Além do plano da profundidade, é fundamental que o movimento tenha apoio de muitas pessoas, é o que Ackerman chama de plano da amplitude. Antes de a proposta ser levada a sério, ela precisa ter apoio de um número significativo de cidadãos; números são importantes. Mas, não só precisa ter muitos apoiadores, é igualmente essencial que o movimento possa conquistar o apoio de novos cidadãos ao longo dos debates.

O que torna a tarefa ainda mais difícil é o fato de que não é suficiente para a proposta do movimento conquistar o apoio espontâneo e integral somente dos seus adeptos iniciais. Ela deva ser estruturada de um modo que possa repercutir na aceitação de milhões [...] que ainda pretendem avaliar a situação com seriedade, mas cujo apoio é decisivo em estágios posteriores no processo de criação da Constituição.¹²⁷

¹²⁴ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹²⁵ Ibidem

¹²⁶ Ibidem, p. 380.

¹²⁷ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 390.

O terceiro e último plano apontado por Ackerman é o que ele chama de “poder de decisão”. Quando uma proposta conquista espaço de destaque na criação de uma norma constitucional, além de profundidade e amplitude, ela precisa ser melhor do que as outras alternativas plausíveis, quando comparadas. Essa capacidade traduz o conceito de Ackerman de “poder de decisão” de uma proposta constitucional.¹²⁸

Essa necessidade de ser melhor do que as alternativas disponíveis, impõe maiores dificuldades à criação de uma norma constitucional do que uma lei ordinária; é a estratégia de resistência institucional.¹²⁹

O dualismo, portanto, valoriza conquistas passadas importantes, mas permite que a soberania popular possa ser exercida quando houver suficiente envolvimento e engajamento político dos cidadãos em momentos especiais.

1.6 Considerações parciais

O intuito deste capítulo foi estabelecer noções teóricas sobre democracias constitucionais e suas instâncias deliberativas.

Iniciamos o capítulo construindo conceitos de Constituição e democracia e estabelecendo quais são os elementos substantivos reputados importantes ou imprescindíveis para o que se convencionou chamar de democracias constitucionais, admitindo, ainda, uma grande influência do modelo norte-americano de democracia constitucional.

Considerando que o objeto da pesquisa é a Ficha Limpa como expressão do dualismo democrático, pareceu-nos necessário imergir no axioma ‘povo na democracia’ para melhor entender como e por que essa ficção é constantemente invocada em textos constitucionais com o deliberado intuito de legitimar o poder do Estado e seu aparelho.

Com o aporte dos trabalhos de Müller assentamos que povo, ao contrário do que intuitivamente pode sugerir, no campo jurídico não se trata de um conceito descritivo, mas sim operacional que viabiliza sua utilização como forma de legitimar um discurso que ao fim se presta a dominação por uma maior-minoria-melhor-organizada-politicamente num dado momento histórico.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Ibidem.

Assentamos que as formas como ‘povo’ pode ser empregado para legitimar a democracia, nutrem o sistema, essencialmente, com a crença ou confiança de que todos podem participar e que a participação de todos tem o mesmo valor – liberdade e igualdade. A ideia de que se o indivíduo pode, se ele quiser e seguir os procedimentos necessários para se tornar uma maior-minoria-melhor-politicamente-melhor-organizada, é o que dá sustentação à legitimidade das decisões tomadas em nome de todos e milita em favor de um consentimento e aceitação da sociedade sem revoltas.

Com o suporte teórico de Ackerman e sua concepção de dualismo democrático, vimos como, em momentos constitucionais, o povo guarda uma reserva de legitimidade para exercer sua soberania e tomar decisões importantes a medida em que os desafios forem se apresentando, pois, a realidade social muda e as pessoas também mudam.

Assentamos, ainda, que o dualismo atua em complemento aos principais arranjos políticos tradicionais. A doutrina aceita e deseja a revisão judicial como mecanismo legítimo e democrático de proteger conquistas do passado, mas concebe que superados árduos obstáculos procedimentais, o povo pode ser dono de seu destino.

Admitimos seus parâmetros e critérios como válidos para a verificação ou teste da legitimidade de uma decisão constitucional cuja autoridade advenha da vontade de povo. No próximo capítulo, construiremos uma narrativa para a Ficha Limpa, com a intenção de examinar se a Ficha Limpa, enquanto movimento político popular, percorreu os caminhos necessários e se superou os obstáculos procedimentais para que pudesse, legitimamente, ganhar a autoridade de representar a legítima vontade do povo.

CAPÍTULO 2 – UMA NARRATIVA PROFISSIONAL PARA A FICHA LIMPA

Para que possamos submeter a Ficha Limpa aos testes do critério do dualismo, é antes necessário termos uma história para a Ficha Limpa, é dizer, é preciso que tenhamos uma narrativa histórica sobre o que aconteceu, para que possamos examinar se o movimento popular superou as etapas identificadas por Ackerman no ciclo de vida de um momento constitucional exitoso e se a mobilização popular que culminou com a Lei da Ficha Limpa superou os três planos de engajamento político identificados pelo autor.

Nos propomos, neste capítulo, a escrever uma narrativa profissional Ficha Limpa a partir do exame de cinco julgamentos do Supremo Tribunal Federal que remontam um diálogo constitucional travado entre o povo brasileiro, o Parlamento e a Corte constitucional.

A escolha proposital pelo artigo indefinido ‘uma’ no título do capítulo, inspirada em “Uma teoria de justiça” de Rawls, se deu pela crença de que não é possível se estabelecer ‘a’ narrativa profissional de qualquer acontecimento histórico, porque isso necessariamente demandaria conhecimento de um universo de fatores que são impossíveis de se saber, porque simplesmente demandaria que o autor da narrativa estivesse em diversos lugares diferentes ao mesmo tempo.

Assim, damos-nos por satisfeitos em remontar uma história daquilo que chamamos de movimento popular Ficha Limpa, um submovimento ou uma mobilização político-popular adjacente do Movimento Contra Corrupção Eleitoral/MCCE¹³⁰, a partir de cinco julgamentos realizados no Supremo Tribunal Federal mais à frente identificados.

A escolha pela construção desta narrativa pelos acórdãos do Supremo Tribunal Federal se deu por motivos de opção metodológica. Uma vez que, cronologicamente, é a corte quem fala por último no diálogo constitucional – o que como vimos não significa ter a última palavra substantiva –, acreditamos que ela tenha a melhor posição para examinar os debates com maior completude de informações *i.e.* o Parlamento, em suas deliberações, não sabia como a Corte votaria, mas a Corte, ao votar, sabia como o Parlamento deliberara e qual a reação da opinião

¹³⁰ MCCE. Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral. Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/>>.

pública à sua deliberação. Este capítulo tem, portanto, uma natureza eminentemente histórico-descritiva.

2.1 Breve contextualização política

Ainda que existam muitas divergências quanto à Lei Complementar 135/2010, Lei da Ficha Limpa, há algum consenso quanto ao fato de que ela derivou de uma iniciativa popular que se mobilizou organizadamente, conseguindo se fazer ouvida e levada a sério, com propostas de mudanças de entendimento quanto a um direito fundamental antes alçado ao máximo grau de observância e prevalência no ordenamento jurídico brasileiro.

O Texto constitucional brasileiro estabelece que a soberania será também exercida através de iniciativas populares, franqueando à sociedade brasileira vias procedimentais para que o povo possa expressar sua vontade através de outras formas que não apenas eleições universais, secretas e periódicas.¹³¹

O Movimento Ficha Limpa surgiu de iniciativa popular, capitaneada pela sociedade civil organizada¹³², com intuito de combater a corrupção eleitoral por meio de um maior rigor com relação aos cidadãos que representavam o povo e aqueles que pretendiam representá-lo.

A espinha dorsal da crítica ao modelo então prevalecente era de que a presunção absoluta de inocência ou não-culpabilidade¹³³ aplicada ao contexto político eleitoral, em vez de fortalecer a democracia ao garantir uma maior participação de cidadãos no jogo eleitoral como representantes, servia de escudo jurídico para cidadãos representantes do povo que haviam sido condenados em diferentes instâncias, antes do trânsito em julgado das ações, pudessem disputar eleições e exercer cargos político-eletivos para os quais viessem a ser eleitos, em prejuízo à democracia e em detrimento da coletividade.

Os julgamentos emblemáticos da Ficha Limpa podem ser identificados, cronologicamente, pela 1) ADPF 144, ajuizada pela Associação dos Magistrados do Brasil –

¹³¹ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

¹³² Entre as entidades que lideraram o Movimento Ficha Limpa, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, Ordem dos Advogados do Brasil e Associação dos Magistrados do Brasil se destacam como protagonistas.

¹³³ No decorrer do trabalho, utilizaremos os dois termos ‘presunção de inocência’ e ‘presunção de não-culpabilidade’ como sinônimos.

AMB, cujo julgamento deu-se em agosto de 2008; 2) RE 630.147, doravante identificado como Caso Joaquim Roriz, julgado em setembro de 2010; 3) RE 631.102, doravante identificado como Caso Jäder Barbalho, julgado em outubro de 2010; 4) RE 633.703, doravante identificado como Caso Leonídio Bouças, julgado em março de 2011 e 5) ADC 29, ADC 30 e ADI 4.578, julgadas conjuntamente em fevereiro de 2012.

Importante notar que nesse lapso temporal compreendido entre agosto de 2008 e fevereiro de 2012 ocorreram dois pleitos - em outubro de 2008 e outubro de 2010 -, em que as campanhas e o processo eleitoral foram marcados por discussões relacionadas à Ficha Limpa. Essas discussões se davam não apenas na forma como os candidatos queriam se rotular candidatos-fichas-limpas, mas pelo questionamento da candidatura de diversos políticos, muitos dos quais, inclusive, forças políticas em âmbito nacional como eram os casos de Joaquim Roriz no Distrito Federal e Jäder Barbalho no Pará.

Ao longo desse período, foram enfrentadas diversas questões e diversas angulações analíticas quanto ao que proposto e sua compatibilidade com a Carta Federal.

Pretendemos, a partir de agora, abordar esses julgamentos e seus principais aspectos, com o intuito de reconstruir uma narrativa profissional da Ficha Limpa, identificando os problemas normativos enfrentados pela Corte e as soluções alcançadas para resolvê-los, com o intuito de no próximo capítulo, analisar se a Ficha Limpa poderia ser considerado um momento constitucional exitoso e se seria razoável sustentar que a Lei da Ficha Limpa era legítima vontade do povo.

Como a narrativa segue uma ordem cronológica, o primeiro caso abordado será a ADPF 144, porém, alguma contextualização histórico-política é oportuna para compreender a atmosfera que envolveu os trabalhos da Suprema Corte naquela oportunidade.

O Movimento Ficha Limpa não nasceu com a iniciativa da Associação Brasileira dos Magistrados – AMB, autora da ADPF 144 em 2008. Seu embrião ideológico nasceu bem antes disso.

Em texto publicado num compêndio de artigos relacionados à Ficha Limpa, Gomes da Silva e Martins Vargas creditam à Campanha da Fraternidade da Conferência Nacional dos

Bispos do Brasil – CNBB, em 1996, o embrião daquilo que veio a se tornar o Movimento Ficha Limpa.¹³⁴

De acordo com esses autores, essas iniciativas geraram a Lei 9.840/99, que alterou o Código Eleitoral e passou a prever a captação ilícita de sufrágio como tipo eleitoral cuja sanção passou a ser a cassação do registro ou diploma do candidato, e serviram para a gestação do que notabilizou-se como o Movimento Contra a Corrupção Eleitoral – MCCE, criado em 2002, durante o período eleitoral.¹³⁵

O Movimento Ficha Limpa, como iniciativa do MCCE, iniciou-se em 2007 e contou com o auxílio de várias organizações com o intuito de viabilizar a coleta de assinaturas necessárias para elaboração de um projeto de lei, nos termos da Lei 9.709/98, que disciplina a criação de lei por iniciativa popular.

Enquanto esse debate era travado na esfera da sociedade civil, algumas ideias permearam o Judiciário e no pleito eleitoral de 2008, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, acompanhado de outros juízes eleitorais, passou a admitir a vida pregressa do candidato como forma de obstar sua candidatura, com fundamento no §9º, do art. 14, da Constituição¹³⁶.¹³⁷

Embora o TSE tenha se posicionado contra este entendimento na Consulta 1.607/2007, julgada em junho de 2008, votos divergentes dos Min. Carlos Ayres Britto (então Presidente do TSE), Min. Joaquim Barbosa e Min. Felix Fischer somaram-se às vozes que sustentavam que a Constituição, no §9º, do art. 14, da Constituição Federal autorizava a negativa do registro de candidatura de candidatos com registros públicos tisdados por processos e condenações.

O Movimento Ficha Limpa enfrentou como maior obstáculo constitucional, o postulado da presunção de inocência ou não culpabilidade, uma conquista democrática muito importante registrada na narrativa constitucional do povo brasileiro, materializada no art. 5º, LVII, da

¹³⁴ CAGGIANO, Mônica (coord.). **Ficha Limpa: impactos nos tribunais: tensões e confrontos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹³⁵ MCCE. Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral. **Quem somos**. Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/>>.

¹³⁶ C.F. - Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:(...)

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

¹³⁷ CAGGIANO, Mônica (coord.). **Ficha Limpa: impactos nos tribunais: tensões e confrontos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Constituição Cidadã. Além disso houve outras questões secundárias, porém relevantes e necessárias para uma discussão mais profunda do debate, que também foram abordadas pelo Tribunal constitucional antes que a lei pudesse ter plena validade e eficácia.

A história política do Brasil ensina que entre os anos de 1964 e 1985, o Brasil vivenciou um regime autoritário e a Constituição de 1988 veio com a esperança de reinstaurar a democracia e fortalecer os direitos e garantias individuais, políticas e coletivas.

Essa foi uma conquista muito importante, vez que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade constitui um dos valores pilares de um estado democrático de direito e isso foi, desde o início do diálogo constitucional, o maior trunfo argumentativo daqueles que se opunham à iniciativa.

Escolhemos criar uma narrativa profissional para a Ficha Limpa a partir dos casos julgados pelo Supremo porque é a Corte constitucional quem, cronologicamente fala por último. Essa característica do modelo de democracia dualista que sustentamos ser o Brasil, permite que a Corte possa ponderar e levar em consideração os debates travados no Parlamento e a ressonância social – reação e opinião pública – à forma como as questões foram debatidas.

A primeira etapa, contudo, foi desanimadora e se deu em junho de 2008, quando por ocasião do julgamento da ADPF 144, o STF decidiu, por maioria, vencidos os Min. Ayres Britto e Joaquim Barbosa, que o §9º, do art. 14, da Constituição não era autoaplicável e, portanto, não era possível indeferir registros de candidatura sem que houvesse sentença condenatória transitada em julgado, com base no art. 14, §9º, da Constituição Federal.

2.2 A ADPF 144/STF

Com o intuito de resguardar os princípios constitucionais da moralidade e da probidade administrativa além de valores constitucionais como a soberania e a democracia, foi proposta no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144/STF que buscava como resultado prático, a possibilidade de a Justiça Eleitoral sopesar a gravidade de condutas apontadas na Lei Complementar 64/90, mesmo sem trânsito em julgado, para deliberar pela rejeição ou não do registro do pretendente a candidato político.

Assim, questionou-se a auto aplicabilidade do parágrafo 9º, do artigo 14, da Constituição Federal e a possibilidade de se flexibilizar o princípio de inocência para indeferir

registro de candidatura a candidatos que tivessem contra si sentenças penais condenatórias, ainda que não passadas em julgado.

A Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, autora da ação, entendia que o texto constante do §9º, do artigo 14, da Carta Magna seria autossuficiente e que as hipóteses previstas nas referidas alíneas do inciso I, art. 1º, da LC 64/90 não observavam os preceitos fundamentais contidos no dispositivo constitucional.

A necessidade de trânsito em julgado, a ver dos arguentes, representava obstáculo para análise da vida pregressa dos candidatos, tal como determinado a partir da ECR n. 4/94.

Mostra-se impeditiva para a Justiça Eleitoral reconhecer a inelegibilidade da maior parte dos candidatos que se encontram na situação ali prevista – com representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político – já que a sanção da inelegibilidade está adstrita para as eleições na qual ele estiver concorrendo ou nas quais se realizarem nos 3 anos seguintes.

Ademais, ela se mostra especialmente inócua em relação aos vencedores do pleito (salvo se pretendem disputar outros cargos, abandonando aquele para o qual foi eleito).

Isso porque, os mandatos, por imperativo constitucional, são de 4 anos (excepcionalmente de 8), e a inelegibilidade é de 3 anos, contada da eleição. Logo, se o candidato for eleito em decorrência do abuso, nada o impede de disputar a próxima eleição para o mesmo cargo (ainda que venha a ser cassado no curso do primeiro mandato). Não haverá, portanto, eficácia na norma, decorrente da exigência do trânsito em julgado.¹³⁸

A irrisignação da AMB era que o uso de recursos judiciais protelatórios acabava por tornar impossível, na prática, a rejeição do registro de candidatos políticos que embora tivessem contra si representações julgadas procedentes em decorrência de prática de condutas vedadas, usavam a lei contra seu espírito, para viabilizar mandatos eivados de imoralidade e improbidade em absoluto prejuízo da coletividade e do interesse público.¹³⁹

O relator da ação, Min. Celso de Mello, em seu relatório observou que a discussão naqueles autos tinha três enfrentamentos principais, a saber:

(a) o postulado da não-culpabilidade ou do estado de inocência restringir-se-ia, unicamente, ao domínio penal ou, ao contrário, irradiaria os seus efeitos para além dos limites em que se delineia o processo penal de natureza condenatória?

(b) em caso de projeção extrapenal, esse postulado constitucional impediria que situações processuais ainda não definidas por sentenças transitadas em julgado provocassem, em decorrência da exigência de moralidade e probidade administrativa,

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição Inicial ADPF 144**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 nov. 2008.

¹³⁹ Ibidem.

inelegibilidade ou obstem candidaturas para mandatos eletivos? A exigência de coisa julgada, quer a estabelecida na própria Constituição (CF, art. 15, III), quer a prevista na legislação comum (LC nº. 64/90, art. 1º, I, “d”, “e” e “h”, e art. 15), faz instaurar situação de conflituosidade com os postulados da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo, a que se refere o § 9º, do art. 14 da Constituição, na redação dada pela ECR nº. 4/94?

(c) reveste-se ou não, de auto-aplicabilidade o § 9º do art. 14, da Constituição, na redação que lhe deu a ECR 4/94?

À época da ADPF 144/STF, os direitos políticos dos cidadãos brasileiros estavam previstos nos artigos 14 e 15, da Carta Política e na Lei Complementar 64/90, antes de sua redação dada pela Lei Complementar 135/2010, editada para prever outras hipóteses de inelegibilidade que não aquelas já previstas na Constituição, levando em consideração a vida pregressa do candidato.

Numa análise histórico-evolutiva da Carta Federal, o Min. Celso de Mello rememorou, no acórdão, o artigo 151, da Constituição de 1969, dispositivo regulador da controvérsia em exame e a alteração que lhe foi dada pela EC nº. 08/77, ora negritada, para assim constar:¹⁴⁰

Art. 151. Lei Complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos nos quais cessará esta, com vistas a preservar, **considerada a vida pregressa do candidato**:

I – o regime democrático

II – a probidade administrativo

III – a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e

IV – a moralidade para o exercício do mandato **considerada a vida pregressa do candidato (trecho suprimido)**.(grifo nosso)

A Lei Complementar editada para prever as hipóteses de inelegibilidade foi a Lei Complementar nº. 05/70, cujo artigo 1º, dizia:

Art. 1º. São inelegíveis:

I – para qualquer cargo eletivo:

[...]

n) **os que tenham sido condenados ou respondam a processo judicial**, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo delito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, **enquanto não absolvidos, ou penalmente reabilitados**. (grifo nosso)

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição Inicial ADPF 144**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 abr. 2009.

Sobre o referido dispositivo é importante observar que ele reputava inelegível aquele pretendente a candidato em face de quem houvesse instaurado processo judicial. Min. Celso de Melo lembrou que mesmo diante de um estado autoritário a condição em disparate da presunção de inocência gerou polêmica.

Alteração dessa norma veio com a Lei Complementar 42/82 que passou a exigir o trânsito em julgado de sentença condenatória para que se pudesse proclamar a perda da capacidade passiva do candidato. Nesse sentido, o STF julgou o RE 99.069 em novembro de 1982.

No julgado (RE 99.069/BA¹⁴¹), que teve como relator o Min. Oscar Corrêa, ficou assentado que o julgador não poderia criar distinções entre “efeitos de sentenças condenatórias para fins comuns e para fins especiais como seriam os da lei de inelegibilidade”.

O STF asseverou naquela oportunidade que toda e qualquer lei, ao mencionar condenação, deveria ser interpretada como condenação transitada em julgado, definitiva e imutável por vias recursais, preservando, assim, os direitos do cidadão à ampla defesa e devido processo legal.

A atual Constituição Federal foi promulgada em 1988 e a Lei Complementar entrou em vigência em 1990. Ambos documentos legais previam expressamente a necessidade de trânsito em julgado de sentença penal condenatória para a perda ou suspensão de direitos políticos.

A posição do Min. Oscar Corrêa, perfilhada em 1982, foi ratificada pelo Relator da ADPF 144 que acrescentou

Com a instauração, em nosso País, de uma ordem plenamente democrática, assim consagrada pela vigente Constituição, intensificou-se o círculo de proteção em torno dos direitos fundamentais, qualquer que seja o domínio de sua incidência e atuação, compreendidos, para efeito dessa tutela constitucional e em perspectiva mais abrangente, todos os blocos normativos concernentes aos direitos individuais e coletivos, aos direitos sociais e aos direitos políticos, em ordem a conferir-lhes real eficácia, seja impondo, ao Estado, deveres de abstenção (liberdades clássicas ou negativas), seja deles exigindo deveres de prestação (liberdades positivas ou concretas), seja, ainda, assegurando, ao cidadão, o acesso aos mecanismos institucionalizados de exercício do poder político na esfera governamental (liberdade-participação).¹⁴²

¹⁴¹ Por motivos que se desconhece, o site do STF não apresenta resultados quando se pesquisa RE 99.069, mas ele foi de relatoria Min. Oscar Corrêa, RE nº 99069/BA, 1ª T., DJ de 2.08.1985, p. 12.050.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 144**, voto Min. Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 abr. 2009.

A ordem democrática, a seu ver, comprometer-se-ia diante de uma interpretação que se sobrepusesse à legalidade e ao *due legal process*, sendo esses princípios constitucionais proporcionadores da segurança e certeza jurídicas, pondo em xeque o sistema de garantias sobre o qual foi erigida a Constituição brasileira de 1988.

Esse entendimento estava em sintonia com voto proferido pelo Min. Cezar Peluso, em 2006, por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário 1.069/RJ pelo TSE, que além de identificar o princípio da presunção de inocência como uma garantia de acentuada importância assentou que

[...] os direitos, tantos os individuais como os sociais, são todos previstos em função de cada homem, enquanto tem dupla dimensão, enquanto é uma pessoa irredutível e enquanto membro da comunidade. Todos os direitos se reportam à existência humana.

[...] isso significa que não é possível, a não ser que a Constituição disponha em sentido contrário, justificar nenhuma sanção, medida restritiva, medida lesiva ao patrimônio, à esfera jurídica do cidadão, em se tratando de imputação de caráter penal, enquanto não transite em julgado uma sentença que reconheça a sua culpabilidade. Ou seja, nenhuma medida pode ser justificada a título de juízo de culpabilidade precário, emitido por quem quer se seja.

[...] Ora, não há dúvida alguma de que a inelegibilidade do art. 14 exige tipicidade quando se remete à necessidade da lei. É preciso que a lei estabeleça o fato típico do qual se origina a inelegibilidade. Portanto, não se trata de juízo subjetivo de nenhum julgador que se reconheça corregedor dos costumes e interprete as imputações segundo os seus padrões de julgamento pessoal. É preciso que a lei, a norma jurídica, determine que tal fato, com tais e tais características, impeça o cidadão de concorrer – a lei, a Constituição, o ordenamento jurídico.

É preciso, portanto, a tipicidade, que é o que domina a matéria penal, que, de certo modo, é análoga à legislação de caráter eleitoral.¹⁴³

O Relator sustentou que a presunção de inocência era postulado dirigido ao Estado, limitando a atuação de seu poder ao mesmo tempo em que representava um direito fundamental do indivíduo. Ameaça à presunção e suas decorrências seriam incompatíveis com “os padrões ortodoxos do regime democrático”, logo a presunção de inocência ou da não-culpabilidade deveria estender-se a áreas extrapenais, como no campo do direito eleitoral.

O Relator entendeu, na linha daquilo que sempre entendido pelo STF, que os direitos e garantias fundamentais haviam de ser conferidos a tudo e a todos, qualquer que fosse a hipótese, não podendo se tolher, suprimir ou suspender quaisquer direitos do cidadão sem sentença penal condenatória transitada em julgado, já que a presunção de inocência, direito fundamental

¹⁴³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO: 1249 Rio de Janeiro/RJ 168382006, Relator: Min. Francisco Cesar Asfor Rocha, Data de Julgamento: 25/09/2006, Data de Publicação: PSESS - Publicado em Sessão - 25/09/2006. Disponível em: <<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/301993203/recurso-ordinario-ro-1249-rio-de-janeiro-rj-168382006>>. Acesso 07 ago. 2015.

absoluto, estaria em conformidade com o devido processo legal instituído num Estado Democrático de Direito.

Outro ponto central da ADPF ajuizada pela AMB dizia respeito à necessidade de trânsito em julgado e sua relação com a probidade administrativa.

A Associação entendia que a necessidade de trânsito em julgado para fins de indeferimento de registro de candidatura conflitava com o enunciado no § 9º, do artigo 14, da Constituição, já que a ECR 4/94 manteve a previsão de que a lei complementar que disciplinasse outras condições de inelegibilidade assim o fizesse também para

[...] proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

O objetivo da norma seria filtrar cidadãos cujas vidas particulares anteriores ao pleito, não recomendassem a assunção de um posto político como representante de outros indivíduos.

A necessidade do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao ver da Arguente, permitia que candidatos inidôneos usassem as garantias fundamentais que são dispensadas aos indivíduos-cidadão-do-povo, em nome da dignidade da pessoa humana, para, ao arrepio da probidade administrativa e da moralidade, e mediante uma vida pregressa sinuosa, obter registro de candidatura, concorrer a mandato político e eventualmente exercê-lo caso eleitos.

Em sentido oposto, contudo, quanto à relação ‘exigência de trânsito em julgado’ e ‘probidade administrativa’ Min. Celso de Mello entendeu que

[...] o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois, - cabe enfatizar – o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resultem consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LV) [...].¹⁴⁴

A seu ver, a todo cidadão, indistintamente, deveria ser conferida a presunção de inocência até que houvesse sentença condenatória transitada em julgado, atendendo, assim, os princípios da ampla defesa e contraditório bem como o devido processo legal, não sendo

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 144**, voto Min. Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 abr. 2009.

possível, em nome da probidade administrativa, até porque havia previsão expressa constitucional, de se cassar, suprimir ou suspender direitos políticos senão por força de sentença penal condenatória transitada em julgado.

A terceira questão enfrentada no julgado dizia respeito à auto aplicabilidade do § 9º do artigo 14, da CF. Questionava-se se a lei complementar poderia apenas repetir o que já estava contido no texto, sustentando-se a irrazoabilidade que a lei estabelecesse um rol taxativo exaustivo de todas as hipóteses de inelegibilidade. No entender da AMB, o comando contido no referido parágrafo seria autoaplicável se interpretado sistematicamente com o resto do texto constitucional.

A decisão relatada pelo Min. Celso de Melo assentou, contudo, que o comando contido no § 9º do artigo 14, da Constituição não poderia ser autoaplicável. Sua eficácia seria limitada e seu conteúdo seria meramente integrativo, reclamando, para sua incidência, regulamentação por Lei Complementar.

Na sequência dessa premissa, ficou estabelecido na oportunidade que o direito de participar ativamente na condução da política do Estado como representante do povo era fundamental e que os direitos políticos são garantias individuais, sobre os quais não se poderia impor restrição sem trânsito em julgado de sentença penal condenatória, porquanto seria necessário, lei complementar nesse sentido.

O resultado da ADPF foi negativo e por maioria, o STF julgou a ação improcedente, jogando uma ducha fria no movimento e no debate. Para Ackerman¹⁴⁵, uma derrota no âmbito da Suprema Corte, geralmente sepulta a pretensão das novas propostas, mas não foi isso o que aconteceu, como destacam Gomes da Silva e Martins Vargas.¹⁴⁶

A definição judicial da possibilidade ou não de se reconhecer a vida pregressa do candidato, inclusive com a possibilidade de indeferimento de registro de candidatura por condenação criminal em primeiro grau de jurisdição, culminou por intensificar o movimento da sociedade pela edição da 'Lei da Ficha Limpa', fazendo com que processo legislativo ganhasse força e celeridade para sua edição.¹⁴⁷

A posição estabelecida pelo Supremo atuou como catalisador da mobilização da sociedade civil, impulsionando a coleta de assinaturas necessárias para se atender aos requisitos

¹⁴⁵ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁴⁶ CAGGIANO, Mônica (coord.). **Ficha limpa**: impactos nos tribunais: tensões e confrontos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁴⁷ Ibidem.

da Lei da Iniciativa Popular 9.709/98 e promulgar uma lei complementar com o intuito de endurecer o rigor com relação à elegibilidade de cidadãos que pretendessem tornar-se representantes de outros cidadãos.¹⁴⁸

Como um dos fundamentos centrais do desprovimento da ADPF era a inexistência de lei complementar que estabelecesse os outros critérios, como previsto no §9º, do art. 14, da Constituição, o movimento precisava de uma lei.

O entendimento do STF na ADPF 144 provocou maior adesão à mobilização popular pela Ficha Limpa, sinalizando o descontentamento do povo com a decisão e a vontade de alterar aquela realidade, tanto que a decisão catalisou a coleta de assinaturas suficientes para que fosse elaborada uma lei de iniciativa popular.

2.3 A Lei Complementar 135/2010

Colhidas assinaturas suficientes para atender ao art. 13, da Lei 9.709/1998, foi encaminhando o projeto de lei complementar, distribuído sob o n. 518/2009, que terminou por ser relatada pelo Deputado Federal Índio da Costa, DEM/RJ.

Gomes da Silva e Martins Vargas mencionam que o projeto de lei ensejou certo receio na classe política naquilo que dizia respeito a inelegibilidade em decorrência de decisão de primeira instância, mas que uma proposta conciliadora, apresentada na forma de substitutivo pelo Deputado Federal José Eduardo Cardozo (PT/SP), que exigia decisão oriunda de órgão colegiado, com possibilidade de concessão de efeito suspensivo por parte do tribunal competente para julgamento de recurso destinado a afastar a inelegibilidade, chancelada pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e o Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, viabilizou o exame do projeto e sua votação.¹⁴⁹

O trâmite na Câmara dos Deputados contou, ainda, com um episódio curioso. Na oportunidade, havia 389 deputados presentes à votação, sendo que o resultado foi de 388 votos favoráveis e um único voto contrário, pertencente ao Deputado Marcelo Melo (PSDB/GO), que,

¹⁴⁸ CAGGIANO, Mônica (coord.). **Ficha limpa**: impactos nos tribunais: tensões e confrontos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁴⁹ Ibidem.

posteriormente, alegou erro no processo de votação e pediu correção de seu voto, ao argumento de que teria lutado pela aprovação do projeto desde o início.¹⁵⁰

Unanimidade também aconteceu no trâmite perante o Senado Federal, desta vez sob a relatoria do Senador Demóstenes Torres, onde 76 senadores presentes votaram a favor da Lei em 19/05/2010, que acabou por sancionada pelo Presidente Lula em 04/06/2010.

A sanção da Lei Complementar 135/2010, uma lei creditada à iniciativa popular, aprovada por unanimidade nas duas Casas Legislativas, enfrentaria, nada obstante, severas críticas por parte de ministros da Suprema Corte.

2.4 RE 630.147/DF- Caso Joaquim Roriz

Em julho de 2007, enquanto exercia o mandato de senador, Joaquim Roriz renunciou ao cargo após envolver-se em um escândalo de corrupção, com o intuito de evitar processo parlamentar por quebra de decoro. Em 2010, pretendia concorrer ao Governo do Distrito Federal, mas teve seu registro indeferido pela Justiça Eleitoral com base na alínea 'k', da Lei Complementar 135/2010.

Diz o dispositivo, inserido na Lei Complementar 60/94, pela nova redação conferida pela Lei Complementar 135/2010:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura.

O apelo extraordinário manejado sustentava a inconstitucionalidade da alínea 'k', na medida em que ela retroagiria para alterar situação já consolidada pelo tempo, cujo ato, à época, não incidia em ilícito ou sanção de inelegibilidade.

¹⁵⁰ GLOBO.COM. **Único deputado contra 'Ficha Limpa' diz que errou botão.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL1588464-5601,00-UNICO+DEPUTADO+CONTRA+FICHA+LIMPA+DIZ+QUE+ERROU+BOTAO.html>>. Acesso em 10 ago. 2015.

Além disso, a Lei Complementar deveria se submeter ao princípio da anuidade eleitoral, prevista no art. 16, da Constituição Federal¹⁵¹, que impediria sua validade para o pleito de outubro de 2010, uma vez que a lei fora editada em junho do mesmo ano.

Ainda, o recurso extraordinário sustentou que à época da renúncia do Senador Joaquim Roriz, tal conduta era considerada lícita e que, por isso, não poderia sofrer sanção de inelegibilidade decorrente da prática de uma conduta lícita, cujos efeitos já teriam se esgotado.

Inicialmente sorteado o relator do recurso, Min. Ayres Britto abriu seu voto dizendo que a alínea ‘k’ da LC 135/2010, que trata sobre renúncias com o intuito de evitar processo de investigação parlamentar por quebra de decoro, teria vindo ao ordenamento com o intuito de atender ao chamado do §9º, do art. 14, da Constituição que previa inelegibilidade como forma de proteger a ‘probidade administrativa’ e a ‘moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato’.

Nessa linha, afirmou que, a seu ver, a inelegibilidade prevista na alínea ‘k’, que buscava tornar inelegível candidato que tivesse renunciado com intuito de evitar processo parlamentar, era coerente com a missão preconizada no §9º, do art. 14, porque a renúncia caracterizaria um abuso de prerrogativas asseguradas a membros do Congresso Nacional, pois, partia da premissa segundo à qual, abrir mão da ampla defesa e do contraditório significaria convicção de quebra do decoro parlamentar.

Sustentou, ainda, que ao utilizar o termo ‘vida pregressa’, a Constituição teria tido o intuito de examinar o “Histórico de vida ou vida biográfica, a partir de um marco temporal que só pode ser a data do pedido de registro de uma dada candidatura”.¹⁵²

Quanto à aplicabilidade imediata da lei ou sua *vacatio* por força do princípio da anualidade inserta no art. 16, da CF, Min. Ayres Britto destacou que os valores da probidade administrativa e moralidade para o exercício do mandato concretizados pela nova lei atendiam a requisição constitucional e por isso não deveria ser protelados ou submetidos a ‘quarentena’.

¹⁵¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.147 Distrito Federal Relator: Min. Ayres Britto Redator do: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>>. Acesso em 21 jan. 2016.

Destacou também que a jurisprudência do Supremo com relação ao processo eleitoral é de que ele apenas iniciaria com as convenções partidárias e como a lei foi editada antes das convenções, todos os partidos teriam tido a mesma oportunidade de escolher seus candidatos, além de que, a alínea 'k' não teria alterado o processo eleitoral.

O segundo aspecto abordado pelo Min. Ayres Britto dizia respeito à alegada retroatividade da lei. O recorrente sustentava que se à época da renúncia o ato não era considerado como causa de inelegibilidade, não poderia a lei retroceder no tempo para alterar as consequências jurídicas daquele ato e torna-lo ilícito.

A esse questionamento, Min. Ayres respondeu que a renúncia não poderia ter “por efeito imunizar o renunciante contra a incidência de causas de inelegibilidade”¹⁵³, mas apenas afastar o processo de investigação pela Casa Parlamentar com o afastamento do renunciante do cargo.

Na sequência, assentou que, a licitude do ato de renúncia não teria o condão de impedi-lo como causa de inelegibilidade porquanto a inelegibilidade, de acordo com a jurisprudência do Supremo, não constituiria pena.

O último aspecto abordado em seu voto, examinou se a alínea 'k' teria violado o princípio da inocência ou não-culpabilidade, pelo que deu pela não ocorrência.

Para o Ministro

a Constituição brasileira bem distingue, repito, a lógica primaz dos direitos e garantias individuais, de um lado, e a lógica presidente dos direitos políticos, de outro. Aqueles, voltados para a "apresentação" [...] do indivíduo nos atos da vida civil, tendo por valor primacial a liberdade ou autonomia de vontade. Estes, voltados para o direito do voto e da condição de quem pretenda representar toda uma coletividade juridicamente personalizada e geograficamente situada. Por isso que orientados pelos transcendentais valores da responsabilidade dos eleitores (até porque o voto popular é obrigatório) e da respeitabilidade dos candidatos. Respeitabilidade que subjaz a todo o enunciado do §9 e que relativa ou quebranta, justamente, o rigor da norma geral do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.¹⁵⁴

Assim, desproveu os recursos e manteve o indeferimento do registro de candidatura.

Em sequência, estabeleceu-se um debate acerca de eventual vício de inconstitucionalidade formal levantada numa questão de ordem pelo Presidente Min. Peluso.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.147 Distrito Federal Relator: Min. Ayres Britto Redator do: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>>. Acesso em 21 jan. 2016.

¹⁵⁴ Ibidem.

A meu ver, com o devido respeito, estou pondo a questão à discussão, a mim me parece que temos um caso, aqui, de arremedo de lei, ou seja, de projeto que violou o artigo 65, parágrafo único, da Constituição, e, por conseguinte, violou o devido processo constitucional legislativo, porque não foram adotadas as exigências de tramitação no caso de emendas que, em nenhuma hipótese, poderiam ser consideradas de mera redação. E, ainda que o fossem, segundo o Regimento do Senado, teriam que obedecer às mesmas exigências das emendas tendentes à alteração de conteúdo ou de alteração de mérito. É o que estou submetendo à consideração de Vossas Excelências, a mim me parecendo que seria caso de inconstitucionalidade formal, que preexclui a discutibilidade eventualmente das arguidas inconstitucionalidades materiais.¹⁵⁵

À essa consideração, Min. Lewandowski afirmou que nunca a lei teria sido objeto de tal questionamento, sendo que nem a Câmara dos Deputados, nem o Senado, nem os partidos políticos, nem os recorrentes teriam questionado o processo constitucional legislativo da Lei Complementar 135/2010. Ao que comentou o Min. Marco Aurélio “Seria um suicídio político caso certo partido se insurgisse” ou seja, havia uma pressão política muito grande por parte da sociedade brasileira com relação ao tema e combater a ficha limpa representava um ônus político-eleitoral que ninguém queria assumir.

A Min. Carmem Lúcia destacou que a lei não alterou as condições de igualdade entre os candidatos ou os partidos, pois a lei incidiria de forma igual para todos e que a lei entrara em vigência antes do processo eleitoral, que, em acordo com o voto do Min. Ayres Britto, começaria somente com as convenções partidárias, afastando assim, a incidência do princípio da anterioridade sobre a LC 135/2010. A Min. Carmen Lúcia lembrou que o Supremo, quando da apreciação da Lei Complementar 64/90, que também estabelecia novos critérios de inelegibilidade, entendeu pela não incidência do art. 16, da Constituição, na ocasião do julgamento do RE 129.392, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence.

Quanto ao processo eleitoral, a ministra lembrou que na ADI n. 3.345, o STF deu ao processo eleitoral uma interpretação mais restrita.

Ainda que fosse possível admitir definição ampliada do que venha a ser o processo eleitoral, a compreender também suas fases preparatórias, como a fixação do domicílio eleitoral ou mesmo a filiação partidária, a serem estabelecidos pelos pretensos candidatos com pelo menos um ano de antecedência da data das eleições, não seria possível desconsiderar o sentido estrito de processo eleitoral definido por este Supremo Tribunal em processo de controle concentrado de constitucionalidade (ADI n.3345).¹⁵⁶

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.147 Distrito Federal Relator: Min. Ayres Britto Redator do: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>>. Acesso em 21 jan. 2016.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.147 Distrito Federal Relator: Min. Ayres Britto Redator do: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>>. Acesso em 21 jan. 2016.

Também não impressionou a Min. Carmen Lúcia, a tese de que a renúncia seria ato jurídico perfeito que não poderia ser desfeito por legislação posterior, tendo a ministra ao concordar com tal alegação, destacado que a lei não alterou os efeitos jurídicos advindos do ato de renúncia, é dizer, o recorrente deixou o cargo, perdeu as imunidades, perdeu o foro privilegiado e arquivou a representação por quebra de decoro parlamentar que poderia lhe custar o mandato; esses atos e seus efeitos não foram alterados pela incidência do novo regime de inelegibilidades.

Esses efeitos, ao sentir da ministra, em nada imunizariam o recorrente em face de superveniente lei complementar que alterasse as causas de inelegibilidades, pois não existe direito adquirido a regime jurídicos de inelegibilidades. Em outras palavras, porque já esteve elegível em eleição passada sob determinadas condições, não significava que também o seria em eleição futura.

A ministra votou pela inexistência de retroatividade e registrou que o Supremo Tribunal Federal admite que, em determinados casos, leis retroajam, a exemplo do que julgado na ADI 605/DF, que tratou sobre o caráter relativo da irretroatividade das normas.

O Ministro Lewandowski não conheceu da questão de ordem levantada pelo Min. Peluso e abriu seu voto registrando que LC 135/2010 derivava de iniciativa popular e que, no âmbito do TSE, o tribunal a tinha aprovada por 6 votos a 1.

Examinando a suposta violação ao art. 16, da Constituição, lembrou que a jurisprudência do STF consagrava o princípio da anterioridade, que

foi enunciado pelo Constituinte com o declarado propósito de impedir a deformação do processo eleitoral mediante alterações casuisticamente nele introduzidas, aptas a romperem a igualdade de participação dos que nele atuam como protagonistas principais: as agremiações partidárias de um lado, e os próprios candidatos, de outro.¹⁵⁷

Na linha daquilo que já definido pelo STF quando da apreciação da Lei Complementar 64/90, Min. Lewandowski votou pela inexistência de alteração casuística provocada pela Lei no processo eleitoral que atentasse ou comprometesse a paridade de oportunidades entre os

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI: 3345 DF, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 23/08/2005, Data de Publicação: DJ 29/08/2005 PP-00005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14788406/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3345-df-stf>>. Acesso em 21 jan. 2016.

candidatos. De sua relatoria, destacou o caso que julgou a “mini reforma eleitoral”, em que só se poderia

[...] cogitar de afronta ao princípio da anterioridade quando ocorrer: i) o rompimento da igualdade de participação dos., partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral; ii) a criação de deformação que afete a normalidade das eleições; iii) a introdução de fator de perturbação do pleito, ou iv) a promoção de alteração motivada por propósito casuístico.¹⁵⁸

Uma vez que a Lei Complementar 135/2010 tinha entrado em vigência em 07/06/2010 e as convenções partidárias iniciaram em 10/06/2010, e que não vislumbrava casuísmos que atentassem contra a igualdade de oportunidades entre os candidatos, votou no sentido de não reconhecer violação ao princípio da anterioridade do art. 16 da Carta.

Ao relembrar que aderiu ao voto do relator na ADPF 144, o Min. Lewandowski registrou que tal posicionamento se deu por ausência de norma complementar que pudesse dar sustentação ao §9º, do art. 14, da CF, mas que a LC 135/2010 suprimiu essa lacuna legislativa, disciplinando, na linha das diretrizes constitucionais atinentes à coisa pública e à administração pública, novas causas de inelegibilidade com o deliberado intuito

de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Ao examinar a questão da retroatividade, o Ministro relatou:

A aprovação do projeto pelo Senado, de fato, suscitou certa perplexidade por conta de uma emenda de redação proposta pelo Senador Francisco Dom eles (PP-RJ), acatada pelo Relator, Senador Demóstenes Torres (DEM-GO), que alterou os tempos verbais em cinco situações. Em todos os casos, substituiu-se a construção "tenham sido condenados" pela expressão "que forem condenados", nas alíneas e, h, j, l e no art. 1-da LC 64/1990.¹⁵⁹

Em sua interpretação, a alteração não teria promovido mudança de significado que comprometesse o sentido original do projeto, sobretudo diante da manifestação do Senador Demóstenes Torres e de registros nos anais de que a mudança teria se dado apenas para harmonizar os tempos verbais utilizados ao longo do texto legal.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.147 Distrito Federal Relator: Min. Ayres Britto Redator do: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?>>. Acesso em 21 jan. 2016.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.147 Distrito Federal Relator: Min. Ayres Britto Redator do: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?>>. Acesso em 21 jan. 2016.

Além do mais, para o ministro, como o momento de se aferir as condições de inelegibilidade se dão no momento do registro da candidatura, não estariam excluídos do alcance da lei aqueles que eventualmente já tivessem sido apenados por infrações eleitorais, cujo agravamento foi instituído pela nova norma complementar.

Ao examinar os argumentos de violação ao ato jurídico perfeito e o direito adquirido, o ministro assentou que inelegibilidade não constitui efeito futuro de ato de renúncia. O ato da renúncia, não fora alterado pela nova lei e suas consequências permaneceram as mesmas, havendo apenas alteração no regime relativo à inelegibilidades, que são aferidas no momento do registro da candidatura. Em assim o sendo, não se poderia falar em direito adquirido do recorrente em candidatar-se ou direito adquirido a certo regime jurídico.

Quanto à presunção de inocência, que outros ministros entenderam impertinentes diante do caso que se tratava claramente de inelegibilidade por força de renúncia e não de decisão colegiada não transitada em julgado, Min. Lewandowski mencionou que a questão atinente à presunção de inocência ou não culpabilidade não foi inserida na lei ao acaso, tendo sido debatida nas Casas Parlamentares, como registrado no parecer do relator do Senado, Senador Demóstenes Torres:

Naturalmente, no que tange ao campo da constitucionalidade material, as premissas jurídicas que alicerçam a presente iniciativa têm ensejado, no âmbito do Parlamento e da sociedade, fortes e agudas polêmicas. De fato, há os que entendem que esta proposição legislativa colidiria com o princípio da presunção de inocência firmado no art. 5a, LVII, da Constituição Federal, na medida em que este afirma que 'ninguém será condenado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. Data maximavienia, não compartilhamos desse ponto de vista, -apesar de reconhecermos o consistente embasamento jurídico de que se reveste e a inegável autoridade jurídica dos que os sustentam.

Ao contrário do que ocorre com os princípios do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), e do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), acreditamos que ao aludido princípio da presunção de inocência não se pode dar interpretação ampliativa capaz de abranger toda e qualquer situação restritiva de direitos decorrente de ato jurisdicional. Seu âmbito de aplicação - ou pelo menos a sua aplicação de forma mais rigorosa e estrita, acrescento - deve ser circunscrito exclusivamente ao processo penal, como, aliás, resulta diretamente da interpretação literal do dispositivo que o agasalha.

Não fosse assim, salvo melhor juízo, jamais poderiam ter quaisquer sentenças que impõem condenações ou sanções de âmbito material diversos das do mundo penal, a possibilidade de gerar eficácia jurídica imediata, o que contrariaria por completo as lições doutrinárias firmadas no âmbito da nossa Teoria Geral do Processo e em nossas próprias regras de direito positivo.¹⁶⁰

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Trecho do parecer consta do voto do Min. Lewandowski. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 nov. 2015.

Dessa forma, Min. Lewandowski conheceu dos recursos, mas os desproveu.

Ao iniciar o seu voto, o Min. Gilmar Mendes alertou para o fato de que defender a Constituição não significava defender ímprobos e que “a missão da Suprema Corte é uma missão contramajoritária”, no sentido de que proteger a maioria dela mesma.

Ao reconhecer a afronta ao art. 16, da Constituição, o Min. Gilmar Mendes investiu em demonstrar equívoco hermenêutico sobre o RE 129.392 que examinou a Lei Complementar 60/94, em sua redação original, decompondo o precedente para dele extrair outra *ratio decidendi* que não aquela sustentada pelos ministros que o antecederam, pois o contexto em que o julgamento teria se realizado era muito específico, sob a égide de uma recém-promulgada Constituição e que, por isso, o precedente não deveria ser utilizado para justificar a não incidência do art. 16, da Constituição.

O Min. Gilmar trouxe à baila outros precedentes que entendia mais pertinentes com a questão julgada, a exemplo da ADI 3.685 que julgou a EC 52/2006, que tratava sobre autonomia dos partidos em relação a coligações partidárias e a ADI 354 que consolidou a ideia de que o art. 16, da CF era uma garantia ao “devido processo legal eleitoral”, que constituía verdadeira cláusula pétrea.

Desses precedentes extraiu que as regras parâmetros para a exegese do art. 16 deveriam ser:

- 1) o vocábulo "lei" contido no texto do art. 16 da Constituição deve ser interpretado de forma ampla, para abranger a lei ordinária, a lei complementar, a emenda constitucional e qualquer espécie normativa de caráter autônomo, geral e abstrato, emanada do Congresso Nacional no exercício da competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral, prevista no art. 2 2 ,1, do texto constitucional;
- 2) a interpretação do art. 16 da Constituição deve levar em conta o significado da expressão "processo eleitoral" e a teleologia da norma constitucional.
 - 2.1) o processo eleitoral consiste num complexo de atos que visam a receber e transmitir a vontade do povo e que pode ser subdividido em três fases: a) a fase pré-eleitoral, que vai desde a escolha e apresentação das candidaturas até a realização da propaganda eleitoral; b) a fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação; c) fase pós-eleitoral, que se inicia com a apuração e a contagem de votos e finaliza com a diplomação dos candidatos;
 - 2.2) a teleologia da norma constitucional do art. 16 é a de impedir a deformação do processo eleitoral mediante alterações nele inseridas de forma casuística e que interfiram na igualdade de participação dos partidos políticos e seus candidatos.
- 3) o princípio da anterioridade eleitoral, positivado no art. 16 da Constituição, constitui uma garantia fundamental do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos, que, qualificada como cláusula pétrea, compõe o plexo de garantias

do devido processo legal eleitoral e, dessa forma, é oponível ao exercício do poder constituinte derivado.¹⁶¹

O Min. Gilmar afirmou ainda, que a seu ver, não era tão importante saber se a LC 135/2010 interferiria no processo eleitoral, o que considerava óbvio, mas sim se a lei interferia em direitos e garantias fundamentais de cidadãos e alteraria a condição de igualdade entre os candidatos, “com consequências diretas sobre a participação eleitoral das minorias”.¹⁶²

A opinião do Ministro era que a regra da alínea ‘k’ interferiria no processo eleitoral, pois as candidaturas não se apresentam do dia para a noite, mas são resultados de processos políticos anteriores às convenções. As novas regras, ao ver do Ministro, alteraram a forma como os partidos políticos apresentaram suas escolhas.

Uma vez que a situação jurídica dos candidatos se encontra caracterizada na forma das normas vigentes do processo eleitoral, eventual alteração significativa nas “regras do jogo” frustrar-lhes-ia ou prejudicar-lhes-ia as expectativas, estratégias e planos razoavelmente objetivos de suas campanhas.¹⁶³

O Ministro Gilmar reconheceu a existência de uma fase pré-eleitoral que se iniciaria com a filiação partidária, na qual teria ocorrido as alterações promovidas pela nova lei, daí porque entendia que havia alteração substancial no processo eleitoral que precisava se submeter a anterioridade.

A inclusão de novas causas de inelegibilidade diferentes das inicialmente previstas na legislação, além de afetar a segurança jurídica e a isonomia inerentes ao devido processo legal eleitoral, influencia a própria possibilidade de que as minorias partidárias exerçam suas estratégias de articulação política em conformidade com os parâmetros inicialmente instituídos.¹⁶⁴

Como sustentado ao longo de seu voto, a essência de seu raciocínio era de que o princípio da anterioridade seria uma limitação imposta pela Constituição, portanto, a aplicabilidade imediata da regra criada extrapolaria os limites normativos do legislador. Na mesma linha, não impressionara o ministro o fato da lei ter sido criada por iniciativa popular, que em seu modo de ver, também está submetida ao controle de constitucionalidade; é dizer, o povo tem limites normativos que estariam sendo excedidos com a aplicação imediata da Lei Complementar 135/2010. Min. Gilmar concluiu no sentido de prover os recursos

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.147 Distrito Federal Relator: Min. Ayres Britto Redator do: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?>> Acesso em 21 jan. 2016.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Ibidem.

extraordinários, acolhendo a alegada violação ao art. 16, destacando que a lei poderia ser aplicada em pleitos futuros, mas não naquele (outubro de 2010).

A próxima a votar foi a Min. Ellen Gracie, que superou a questão de ordem colocada pelo Min. Peluso e prosseguiu na análise de mérito, reconhecendo a repercussão geral, asseverando que Supremo teve oportunidade de se pronunciar quanto ao princípio constitucional da anterioridade em outras oportunidades, resultando substrato desses julgados, a conclusão de que o referido princípio seria uma “garantia fundamental do eleitor” com o intuito de preservar o pleito de deformações que atentassem contra a igualdade de oportunidades entre os candidatos, sendo que “absolutamente nenhum desses precedentes apontados teve como objeto o surgimento, mediante lei complementar, de novas hipóteses de inelegibilidade” que também gozariam de acalento constitucional, tanto como a anterioridade.

No entendimento da ministra, as novas regras não alteraram o processo eleitoral, porque estariam alinhados com a diretriz constitucional do art. 14, e portanto, não estaria sujeito a *vacatio* da anterioridade.

Por ser explícita a manifestação dos princípios constitucionais da probidade administrativa, da moralidade e da soberania popular, é que entendo que o regime de inelegibilidades composto pelo art. 14 e pelas normas complementares por ele expressamente reclamadas devem, num exercício de ponderação de valores constitucionais, coexistir harmonicamente com a garantia prevista no art. 16 da Constituição Federal.¹⁶⁵

Seu entendimento foi de que o novo regime não alterou o anterior, mas apenas o aperfeiçoou através de novas causas de inelegibilidade que passaram a sustentar a já prevista proteção à probidade administrativa e a moralidade para o exercício do cargo, considerando a vida pregressa do candidato.

A Min. Ellen ponderou que na ordem constitucional vigente, as inelegibilidades “tornaram-se elas indispensáveis aliadas na busca pelo aperfeiçoamento da democracia representativa e aprimoramento do exercício da função pública, sobretudo de cargo político eletivo”.¹⁶⁶

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.147 Distrito Federal Relator: Min. Ayres Britto Redator do: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?>>. Acesso em 21 jan. 2016.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.147 Distrito Federal Relator: Min. Ayres Britto Redator do: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?>>. Acesso em 21 jan. 2016.

Quanto à tese de que a renúncia teria caracterizado ato jurídico perfeito e que não poderia ser alcançado por norma posterior, a ministra afirmou que a tese partia de uma premissa equivocada ao sustentar que a nova inelegibilidade apenas devesse incidir a quem praticasse conduta ilícita.

Ressaltou que, embora a conduta – renúncia para escapar de processo por quebra de decoro – não fosse tida como ilícita, não significava que ela fosse moralmente aceita, uma vez que afrontaria a soberania popular manifestada nas urnas, bem como dificultaria investigação para se saber se houve prática de desvios no exercício de cargo público.

Min. Ellen assentou ainda que se é diretriz constitucional que se proteja a probidade administrativa e a moralidade para exercício do cargo e a lei complementar estipulou que renunciar para evitar processo por quebra de decoro é constitucionalmente condenável do ponto de vista da probidade e moralidade, a Constituição não poderia ser invocada para autorizar, em nome do princípio da anterioridade, situações que caminhem em sentido contrário, que permitam que a situação condenável se postergue, ou seja, a partir de agora, a lei complementar, a mando da constituição para proteger a moralidade e probidade administrativa, prevê como causa de inelegibilidade a renúncia para evitar processo contra quebra de decoro parlamentar, porém, a Constituição pode ser invocada (art. 16, CF) para permitir que, em nome da anterioridade, se possa viabilizar o mandato de quem renunciou para escapar de processo por quebra de decoro mais uma vez antes da lei ser aplicável.

Diante do quilate dos valores aqui envolvidos, nada justificaria que, na deflagração do mecanismo constitucional de proteção a uma eleição que ainda não ocorreu e mandatos cujos exercícios se darão no próximo ano, fosse afastada a incidência de determinada inelegibilidade apenas por serem fatos subsumíveis anteriores à nova lei que a instituiu.¹⁶⁷

A blindagem do ato de renúncia pretendida nos recursos extraordinários, ao entender da Min. Ellen Gracie, não teria guarida no ordenamento constitucional brasileiro, razão pela qual rejeitou a violação à coisa julgada e manifestou-se pela plena aplicabilidade da Lei, “*inclusive aos fatos ocorridos anteriormente ao início de sua vigência*”¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.147 Distrito Federal Relator: Min. Ayres Britto Redator do: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?>>. Acesso em 21 jan. 2016

Quanto à natureza da inelegibilidade advinda da renúncia, aderiu à corrente que sustentava que a inelegibilidade não tinha natureza de pena e por isso não dependeria de decisão condenatória transitada em julgado, negando provimento aos recursos neste aspecto também.

O Min. Marco Aurélio, de início, registrou que a questão de ordem suscitada pelo Min. Peluso deveria ter sido conhecida, sob pena de se aplicar uma lei a um caso concreto que posteriormente poderia ser declarada inconstitucional.

Na sequência, concordou com o voto externado pelo Min. Gilmar Mendes no que dizia respeito à irretroatividade das leis, no sentido de que a Lei Complementar 135/2010 não poderia retroagir para alcançar atos e fatos já sacramentados pelo tempo.

O Min. Marco Aurélio entendeu que, diferentemente da LC 64/90, a LC 135/2010 não se destinava a preencher um vácuo legislativo, mas a criar um novo regime de inelegibilidades.

O ministro se disse favorável ao maior rigor que a lei pretendia, mas não que isso não poderia se dar ao custo da Constituição.

Se entendermos aplicável a lei nova ao ato pretérito ocorrido no caso concreto, em 2006, passados seis ou sete meses do início do mandato, se aplicarmos a esse ato concreto, repito, decorrente da manifestação de vontade do titular do mandato, a inelegibilidade, estaremos contemplando sanção à época não prevista.¹⁶⁹

No entendimento do Min. Marco Aurélio, a alteração do tempo verbal teve a intenção clara de excluir os atos já pretéritos e apenas alcançar atos futuros, o que entendia próprio da natureza das leis.

Não tenho, Presidente, como menosprezar esse princípio a que me referi, a mola-mestra de um Estado Democrático de Direito - pelo menos que se diga Democrático de Direito - que é a irretroatividade da lei. Não se avança culturalmente, buscando-se, de alguma forma, corrigir ou dar consequências ao passado. Ato e fato ocorrido no passado - estamos aqui a cogitar não de elegibilidade, mas de inelegibilidade, de sanção aperfeiçoados segundo a legislação da época, não são apanhados pela lei nova.¹⁷⁰

Sustentado que o ato jurídico da renúncia aperfeiçoado no tempo não poderia ser surpreendido por nova consequência jurídica e que a nova lei afrontou o art. 16, da Constituição, votou pelo provimento dos recursos, deferindo o registro de candidatura.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.147 Distrito Federal Relator: Min. Ayres Britto Redator do: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?>>. Acesso em 21 jan. 2016.

¹⁷⁰ Ibidem.

Na sequência, votou o Min. Celso de Mello que começou destacando que a história do Brasil registrou lamentáveis episódios de desvios no exercício de cargos políticos e que era tarefa de todos, fiscalizar e lutar contra esse tipo de comportamento, pois os postulados ético-jurídicos da moralidade e da probidade administrativa representariam uma incontornável exigência da ordem democrática.

De igual forma destacou que a vida pregressa dos candidatos era importante e que era direito dos cidadãos saberem mais sobre a vida pregressa daqueles que pretendiam representá-los, mas que era necessário seguir o imperioso balizamento constitucional.

E quanto a esse balizamento, entendeu que a decisão recorrida prolatada pelo Tribunal Superior Eleitoral afrontava o art. 16, da Constituição, porque, em sua ótica, a nova lei teria provocado alteração casuística no processo eleitoral.

Em seu ponto de vista, as alterações propostas pela Lei Complementar 135/2010 interfeririam de modo direto no processo eleitoral na medida em que viabilizavam a inclusão e/ou exclusão de candidatos na disputa por mandatos eletivos, daí porque deveria submeter-se ao prazo de um ano previsto pelo art. 16, da Constituição, que consagrava o princípio da anterioridade, tão importante no sistema constitucional brasileiro que não poderia ser objeto de emenda constitucional para aboli-lo, sob pena de transgredir contra as garantias da segurança jurídica e do devido processo eleitoral.

Quanto à natureza da inelegibilidade, Min. Celso entendeu que a inelegibilidade poderia ter natureza sancionatória, se geradora de privação da cidadania passiva, era o que entendia por inelegibilidade cominada, tanto que o próprio art. 22, da Lei Complementar 64/90 em sua redação original e com a redação conferida pela LC 135/2010 utilizavam o termo “sanção de inelegibilidade”.

Porque restringia e privava o exercício de um direito fundamental, Min. Celso entendeu que tinha uma natureza sancionatória, portanto, não poderia retroagir para alcançar um fato pretérito, em especial um ato de renúncia que se apresentava revestido de licitude. A seu ver, a lei estaria retroagindo para tornar ilícito um ato que, quando praticado, era lícito e aceito, o que seria proibido pelo princípio da irretroatividade das leis, que vela pela “inviolabilidade do passado”, materializado no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Assim, a renúncia de Joaquim Roriz tratava-se de um ato unilateral de vontade, praticada em sua inteireza e com a consumação de todos os efeitos que poderia ter produzido naquele momento: a extinção do mandato, vacância da cadeira no Senado e a posse do suplente.

O Min. Celso defendeu que embora a Constituição autorize a retroatividade de leis, ela seria sempre excepcional, decorrente de um texto expresso legal, nunca podendo ser presumida nem podendo gerar lesão a ato jurídico perfeito e direito adquirido, razão pela qual proveu os recursos aviados.

O último a votar foi o Presidente, o Min. Peluso e, tal qual o Min. Celso de Mello, abriu com considerações sobre a importância da probidade e da moralidade na condução da administração pública, mas registrou não se impressionar pelo clamor da sociedade e da opinião pública, pois essa não era a função do Supremo.

[...] a função de uma Corte Constitucional, como a função de qualquer magistrado, não é atender às vontades contingenciais e conjunturais de segmentos do povo, mas é atender àquilo que o povo, na sua vontade permanente de identidade histórica, positivou na sua Constituição.¹⁷¹

Ministro Peluso afirmou que não caberia ao Poder Judiciário usurpar a competência do povo no sentido de escolher seus representantes, função que caberia exclusivamente ao povo.

Feitos esses registros, voltou-se a questão de ordem por si suscitada para defender que, ainda que não constasse do pedido a inconstitucionalidade formal em decorrência do não-retorno para a Câmara dos Deputados após a emenda redacional promovida pelo Senado, que, em seu modo de vista, alterou o sentido da norma, uma vez que antes da alteração já era clara suficiente. Caberia, portanto, ao Supremo conhecer da questão, o que atrairia a inconstitucionalidade por força de vício formal de trâmite legislativo, que afrontaria o art. 65, parágrafo único da Constituição.

Quanto ao artigo 16 e o princípio da anterioridade eleitoral, assentou que ele se destina a conferir igualdade de oportunidade entre os candidatos, equilíbrio da competitividade e estabilidade do processo eleitoral.

Quanto à natureza da inelegibilidade proveniente de renúncia, Min. Peluso ponderou

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.147 Distrito Federal Relator: Min. Ayres Britto Redator do: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?>>. Acesso em 21 jan. 2016.

É evidente que paira sobre a palavra "renúncia" juízo de reprovabilidade jurídica e, por isso, sua prática implica a consequência gravosa da inelegibilidade, que só pode corresponder ao conceito de sanção *stricto sensu*. Daí a doutrina, como também já foi lembrado aqui várias vezes, distinguir entre as chamadas "causas de inelegibilidades inatas", que não são consequência de nenhum ato ilícito - por exemplo, as relações de parentesco etc. -, e que eu chamaria de "causas puramente condicionais ou condicionantes", cuja previsão está ligada à ideia de equilíbrio na disputa etc., sem nenhuma conotação de reprovabilidade ética ou jurídica, porque o fato de ser parente, por exemplo, não implica nenhuma reprovabilidade. E, do outro lado, as chamadas "inelegibilidades" ou "causas de inelegibilidades cominadas", estas, sim, são consequências de ato ilícito ou de atos que, embora lícitos, são, no ordenamento, objeto de juízo de reprovabilidade. E digo que estas causas de inelegibilidade são causas sancionadoras, pois correspondem a sanções estritas, e, aliás, é isto o que diz claramente a Lei no artigo 22, inciso XIV, com a redação dada pela Lei Complementar nº 135, ao preceituar que o Tribunal comina a "sanção de inelegibilidade". É a lei que o diz, e o diz, textual e rigorosamente, que é sanção, sanção de inelegibilidade!¹⁷²

Partindo da premissa que a inelegibilidade decorrente de renúncia era uma sanção, cravou que a lei não poderia retroagir, senão para beneficiar o réu, o que não era o caso em tela. Em sua opinião, a lei deveria apontar sempre para o futuro e não para o passado. Ao assim não fazê-lo, a Lei Complementar 135/2010 incorreria em casuísmos.

A interpretação dada alcança uma classe reduzida e fechada de pessoas determinadas e identificadas, que renunciaram a mandato desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar-lhes abertura de um processo, coisa que é exatamente a hipótese da letra "k". Por quê? Porque apanha no passado atos que já não podem ser evitados, mas que são agora imputáveis a pessoas determinadas. Apresenta, pois, sentido de "lei" personalizada destinada a atingir pessoas determinadas, pessoas certas. É mais do que casuísmo!¹⁷³

O Min. Peluso concluiu seu voto provendo os recursos para evitar eficácia de uma lei antes da quarentena da anterioridade, bem como retroação nociva ao indivíduo.

Dessa forma, o julgamento acabou em empate por 5 a 5. Cinco ministros (Ayres Britto, Carmen Lucia, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Ellen Gracie) votaram no sentido de desprover o recurso e cinco ministros (Peluso, Celso de Mello, Marco Aurélio, Dias Toffoli e Gilmar Mendes) votaram no sentido de prover o recurso, o que causou discussão quanto ao resultado a ser proclamado.

Finalmente restou acatada sugestão da Min. Ellen Gracie que sugeriu fosse declarado o julgamento suspenso até que um novo ministro fosse nomeado e pudesse desempatar o julgamento.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.147 Distrito Federal Relator: Min. Ayres Britto Redator do: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?>>. Acesso em 21 jan. 2016.

¹⁷³ Ibidem.

Na sessão seguinte, o Min. Ayres Britto, entretanto, anunciou que após a sessão que terminou em empate, foram protocoladas petições de desistência dos recursos extraordinários distribuídos sob o nº. 630.147/DF. Embora o Min. Ayres não tenha aceitado a desistência porque o julgamento já havia começado, acolheu a manifestação do Procurador Geral da República no sentido de declarar a perda de objeto dos apelos.

Divergência quanto a esse encaminhamento foi apresentada pelo Min. Marco Aurélio, que se tornou redator do acórdão, no sentido de que, ante a perda do objeto, fosse julgado o processo extinto sem julgamento do mérito, ao que foi acompanhado pela maioria, tendo o RE 630.147/DF tido a repercussão geral reconhecida e sido extinto sem julgamento do mérito, ante a perda do objeto.

2.5 RE 631.102/PA - Caso Jäder Barbalho

O julgamento final, inconclusivo do ponto de vista do resultado quanto ao seu mérito, do RE 630.147/DF teve sua última sessão em 29 de setembro de 2010 e menos de um mês depois, a Corte se deparava com outro caso idêntico, o de Jader Barbalho.

Em 20 de outubro de 2010, Jäder Barbalho interpôs recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal Superior Eleitoral que negou seu registro de candidatura, também com base na alínea ‘k’, da LC 135/2010, pois, em outubro de 2001, renunciou ao cargo de Senador, após o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado aprovar a abertura de um processo contra si, por quebra de decoro.

Como intuitivo, as posições já expostas no julgamento do Caso Joaquim Roriz se repetiram e o julgamento terminou empatado, tendo a Corte decidido, pela aplicação do inc. II, do parágrafo único do art. 205, do Regimento Interno do Supremo por analogia, para manter a decisão recorrida do Tribunal Superior Eleitoral, após uma discussão com relação ao voto de qualidade que poderia ser exercido pelo Ministro Presidente.

Embora os posicionamentos já sejam conhecidos, passaremos a abordar agora, alguns aspectos que entendemos importantes dos votos proferidos nessa assentada.

O relator do processo foi o Min. Joaquim Barbosa, que abriu seu voto assentando que a perspectiva com a qual examinava o caso era “da valorização da moralidade e probidade no trato com a coisa pública, sob a ótica de uma proteção ao interesse coletivo”.

Seu voto identificava um aparente conflito entre princípios gerado com a Lei da Ficha Limpa, que a seu ver, deveria ser solucionado, no contexto dos direitos políticos, homenageando os princípios que protegiam a coletividade, em detrimento daqueles mais ligados com o interesse individual.

Entendo que há de prevalecer a ótica interpretativa que privilegie a proteção dos interesses maiores de toda a coletividade, que afirme a probidade e a moralidade administrativas, que coíba o abuso no exercício de funções públicas, pois são estes os vetores que, em última instância, os mais elevados valores a serem preservados quando se tem em jogo o exercício dos direitos políticos, especialmente na perspectiva passiva.¹⁷⁴

Entendendo que a lei não alterava o processo eleitoral, a igualdade de oportunidade entre os candidatos, nem trazia desestabilização ao processo eleitoral, como definido e aceito pela jurisprudência do TSE e do STF, não deveria se submeter à anterioridade do art. 16, da Constituição.

Em sua opinião, a lei não retroagia, mas dava “efeitos futuros a certos atos praticados no passado, com o claro objetivo de ajustar a realidade da representação política [...] às exigências de probidade, moralidade administrativas e não abuso no exercício da função pública”.

Para o Min. Joaquim Barbosa, o único vínculo incondicional de um representante eleito seria com os interesses da coisa pública.

Na linha do que sustentado pela Min. Ellen Gracie no julgamento do Caso Joaquim Roriz, Min. Joaquim defendeu que a Constituição não poderia servir para agasalhar desvalores que ela pretende coibir e, assim, negou provimento ao recurso extraordinário.

Uma curiosidade específica do Caso Jäder Barbalho é que, diferentemente de Joaquim Roriz, após ter renunciado ao cargo de Senador em 2001, Jäder Barbalho exercera o cargo de Deputado Federal por duas legislaturas, sendo que em 2002, ele teria sido o deputado federal mais votado do Brasil.

O fato trazido pelo Min. Marco Aurélio, sustentava seu ponto de vista, segundo o qual haveria uma incongruência entre as situações. Em 2002 e em 2006, a Justiça Eleitoral teria lhe

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 631102 PA, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 01/06/2011, Data de Publicação: DJe-107 Divulg 03/06/2011 Public 06/06/2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22935314/recurso-extraordinario-re-631102-pa-stf>>. Acesso em 21 jan. 2016.

deferido o registro, portanto, reconhecendo sua elegibilidade, mas em 2010, estaria lhe negando com base em inelegibilidade que teria ocorrido antes mesmo do período em que exercia o cargo de deputado, portanto, um deputado inelegível em exercício do cargo.

Na opinião do Min. Marco Aurélio, a LC 135/2010 era casuística “porque, à época em que editada, já se conheciam aqueles que tinham renunciado”. Além disso, a lei afrontava a Carta Federal ao retroagir para punir uma conduta com uma consequência antes não prevista pela legislação.

O Min. Dias Toffoli, abordou em seu voto, aquilo que chamou de “o problema político-constitucional do STF como filtro das vontades das maiorias contra as minorias” e desmembrou os enfrentamentos em três centrais, a saber, 1) anterioridade da lei eleitoral, 2) irretroatividade das leis e a proteção ao ato jurídico perfeito e 3) princípio da inocência ou não-culpabilidade.

[...] a defesa das minorias é antes de mais nada um trunfo, como a moderna dogmática constitucional qualifica essa posição jurídica, desses grupos em face das maiorias. E, nesse aspecto, não se trata de mirar nas consequências da decisão judicial e, sim, de cuidar de permitir que elas se habitem a permanecer no palco da vida política e, eventualmente, possam converter-se em maioria.¹⁷⁵

Ao aceitar a aplicação da alínea ‘k’ da LC 135/2010 ao caso concreto, em detrimento do art. 16, da Carta Federal, Min. Dias Toffoli, disse que se estaria abrindo portas para mudanças de “efeitos imprevisíveis e resultados desastrosos para o concerto político nacional”, por isso a lei deveria se submeter ao crivo do art. 16.

Quanto à irretroatividade de norma, Min. Toffoli entendeu que não havia afronta constitucional, pois a seu ver, seria natural que uma lei que discipline condutas futuras, seja baseada em fatos do passado.

Naquilo que dizia respeito à presunção de inocência, o ministro entendeu ser impertinente à discussão, porque “Renunciar mandato não é mesmo que ser considerado culpado, com ou sem trânsito em julgado”. O caso dos autos não tratava de alguém que discutia sua inocência ante um processo ainda não passado em julgado, portanto, não vislumbrava qualquer violação ao princípio de inocência ou não-culpabilidade.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 631102 PA, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 14/12/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-084 Divulg 30-04-2012 Public 02-05-2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085903/embdecl-no-recurso-extraordinario-re-631102-pa-stf>>. Acesso em 21 de jan. 2016.

O Min. Toffoli, portanto, deu provimento ao recurso extraordinário, exclusivamente com base no art. 16, Constituição, em homenagem ao princípio da anterioridade eleitoral.

A posição da Min. Carmen Lúcia foi a mesma exposta quando do julgamento do Caso Joaquim Roriz e desproveu o recurso de Jäder Barbalho. O mesmo se deu com Min. Ricardo Lewandowski, que negou provimento ao apelo, mantendo o acórdão recorrido em sua integralidade e o Min. Ayres Britto, que juntou seu voto escrito do Caso Joaquim Roriz para também desprover o apelo de Jäder Barbalho.

A posição do Min. Gilmar Mendes, já conhecida, reiterou sua convicção de que a Lei Complementar era inequivocamente casuística, pois “o que tinha em mente era atingir um dado candidato”. Para o ministro, pouco importava que a lei tivesse sido de iniciativa popular.

Eu disse, naquela outra assentada, que sequer um milhão, sequer dois milhões, sequer três milhões de assinaturas me impressionavam. A gente sabe como elas são colhidas; a gente sabe que por trás estão organizações partidárias, e se consegue assinatura para isso e aquilo. Isto é apenas um índice de processamento de uma ação; isto não retira a lei do modelo de controle de constitucionalidade.¹⁷⁶

Ao sentir do Min. Gilmar, a vida pregressa se daria com os fatos já passados, mas a partir da edição da lei e não anterior à ela, sob pena de retroação em grau máximo para prejudicar o indivíduo.

Ele também externou dúvidas quanto à maneira como a lei tinha sido editada e entrado em vigência.

Nem vou perscrutar as razões dos movimentos, mas quem acompanha a cena política, como fazemos já há muitos anos, sabemos bem – muito bem – em que estágio e em que situação o Congresso aprovou esta lei: sob uma pressão enorme, com o temor de ter que enfrentar a renovação dos mandatos no momento seguinte. Tanto é que as próprias emendas de redação eram amplamente discutidas e censuradas!

[...]

Veja, Vossa Excelência, a que tipo de retrocesso e de sandice nós podemos estar submetidos. O regresso a uma lei odienta e hedionda foi proposto nessa iniciativa popular! Veja que tipo de sandice se pode propor ao Congresso Nacional em nome da iniciativa popular! Em nome da chamada ‘higidez’ moral.¹⁷⁷

A ocorrência da retroação seria a adoção de critério buscado em fatos passados para vinculá-los a um futuro incerto. Chancelar a retroatividade ensejada pela alínea ‘k’ da Lei

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 631102 PA, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 14/12/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-084 Divulg 30-04-2012 Public 02-05-2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085903/embdecl-no-recurso-extraordinario-re-631102-pa-stf>>. Acesso em 21 de jan. 2016.

¹⁷⁷ Ibidem.

Complementar 135/2010, na opinião do Min. Gilmar, impunha sobre a Corte um constrangimento, pois seria o mesmo que autorizar maiorias a cometerem atrocidades.

É esse o constrangimento que nós temos que assumir perante o país! É essa a responsabilidade histórica que cai sobre o Supremo Tribunal Federal!!! Em nome de um moralismo, chancelar fórmulas que podem flertar com o nazifacismo!!!

[...] Nós podemos estar abrindo portas para abusos ilimitados!!!

Que é uma lei casuística, não se precisa falar!!! Foi feita para resolver a eleição no Distrito Federal!!! E atingiu, de resvalo, alguns candidatos que inclusive eram da base do governo! Não constava, inclusive, de iniciativa popular! Bastaria isso para termos um constrangimento histórico!

Mas nós não podemos abrir cancelas para abusos notórios nesta área! Passarmos a selecionar adversários a partir do critério de inelegibilidade!¹⁷⁸

O ministro deu provimento ao recurso, tendo seu voto sido marcado pela crença de que o legislador e o povo, teriam extrapolados os limites normativos previstos na Constituição.

A Min. Ellen Gracie votou na sequência, pedindo para juntar voto proferido no julgamento do Caso Joaquim Roriz, acrescentando que ainda que se admitisse a concepção de processo eleitoral em sua forma mais ampla possível, ainda assim não teria relação com a anterioridade do art. 16, da CF.

Em contraponto ao que sustentado por aqueles que davam provimento ao recurso com o fundamento de proteção das minorias, a ministra registrou que o recorrente fazia parte da base aliada do governo.

Diante da magnitude dos valores aqui envolvidos, nada justificaria a não aplicação de parte do mecanismo constitucional de proteção representado pelas inelegibilidades no cenário de uma eleição realizada em momento posterior à vigência das novas normas (inclusive no que diz respeito ao período destinado à apresentação dos pedidos de registro de candidaturas) e correspondente a mandatos cujos exercícios somente se iniciarão no próximo ano.¹⁷⁹

Quanto à perfeição do ato jurídico levado a cabo com a renúncia do recorrente, a ministra não entendeu por ter sido violado o art. 5º, XXXVI, da Constituição, pois todos os efeitos daquele ato produziram seus efeitos corolários, mas não significando que por assim o ser, alcançaria alguma espécie de imunidade a regimes jurídicos supervenientes.

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 631102 PA, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 14/12/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-084 Divulg 30-04-2012 Public 02-05-2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085903/embdecl-no-recurso-extraordinario-re-631102-pa-stf>>. Acesso em 21 de jan. 2016.

A seu ver, a renúncia não só afrontaria a soberania popular sufragada nas urnas, mas também a possibilidade de verificação de quebra de decoro e eventual punição por tal desvio de função no exercício de função pública, razões pelas quais desproveu o recurso extraordinário.

Consta do acórdão, uma explicação por parte do Min. Joaquim Barbosa após o voto da Min. Ellen Gracie que nos parece importante para o tema da pesquisa e diz respeito ao processo legislativo da Lei Complementar e os debates travados nas Casas Parlamentares nesse período.

O Min. Joaquim registrou a unanimidade da aprovação da Lei Complementar pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, Dep. Michel Temer e trecho de sua fala que dizia:

E quero dizer mais: isso só foi possível graças ao trabalho conjugado de todos.

[...]

Se fôssemos nós, ou o Presidente da Câmara, obedecer aos anseios inaugurais desse projeto, ele teria sido colocado na pauta tal como veio e, seguramente, não seria aprovado. Só o foi por causa do trabalho dos Relatores, dos Líderes, do trabalho da Comissão e daqueles que se opuseram, contrapuseram-se, controverteram, discorreram, discordaram e, afinal chegaram a um consenso representado pelo voto positivo que agora se deu no painel.¹⁸⁰

Esse registro nos parece importante porque dá conta de que as propostas contidas no PLP nº. 168, que viria a ser Lei da Ficha Limpa, foram objeto de escrutínio e debate, com justo espaço e igualdade de oportunidade para os opositores discordarem e contraporem daquilo que proposto pela iniciativa popular no Parlamento e chegarem a um acordo colaborativo concertada – meio termo.

A fala do então Presidente da Câmara chancela a ideia de que no âmbito da Câmara dos Deputados, a lei teria sido objeto de muita discussão.

O Ministro Celso de Mello votou na sequência, repetindo aquilo que assentado na ADPF 144 e no Caso Joaquim Roriz. Em seu modo de vista, as alterações casuísticas da lei quebravam a igualdade de participação dos protagonistas do processo eleitoral, que seriam os partidos políticos e os candidatos.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 631102 PA, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 14/12/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-084 Divulg 30-04-2012 Public 02-05-2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085903/embdecl-no-recurso-extraordinario-re-631102-pa-stf>>. Acesso em 21 de jan. 2016.

O Min. Celso repudiou rupturas constitucionais, dizendo que “nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto fundamental”. Essa ideia será retomada mais adiante, pois nossa pesquisa diz respeito exatamente com rupturas constitucionais, todavia, o registro é pertinente porque sugere que o Min. Celso de Mello reconheceu, em seu voto, que as novas propostas sinalizavam uma ruptura com a ordem constitucional eleitoral vigente antes da Lei da Ficha Limpa.

Sobre os limites normativos do legislador e do povo, Min. Celso colocou que

A supremacia da Constituição traduz, desse modo, na experiência concreta das sociedades democráticas, um fator referencial da mais significativa importância. Enquanto peça fundamental no processo de edificação do Estado e de preservação das liberdades públicas, a Constituição não é simples obra de circunstância, destinada a ser manipulada de modo irresponsável e inconsequente, pelos detentores do Poder, pelas instituições ou qualquer pessoa, agente ou autoridade da República.¹⁸¹

A anterioridade, enquanto cláusula pétrea não poderia ser superada, porquanto se trataria de um obstáculo intransponível, por força de limitação material do exercício do poder de reforma; “o Congresso Nacional, em matéria de sua competência pode muito, mas não pode tudo”. Não caberia às Casas Parlamentares, fosse por iniciativa popular, fosse por emenda constitucional, transgredir o núcleo da Constituição sob pena de “perpetrarem lesão gravíssima aos postulados que refletem o espírito e que permitem preservar a própria identidade do texto constitucional”.

Repetiu, novamente, a mesma linha antes já assentada com relação à questão atinente ao ato jurídico perfeito, que a seu ver, estaria sendo afrontado com a imposição da inelegibilidade cominada após a renúncia ter se consolidado enquanto ato jurídico predisposto a produzir certos e conhecidos efeitos. A imprevisibilidade do futuro não poderia retroceder no tempo para desfazer ou para fazer mais do que já feito à época da prática do ato, pois seria justamente essa a garantia do ato jurídico perfeito.

Impende ressaltar, bem por isso, que situações definitivamente consolidadas, oriundas do ato jurídico perfeito (e, também, da coisa julgada e do direito adquirido”, qualificam-se como obstáculos constitucionais invocáveis contra o Estado e plenamente oponíveis à incidência de leis supervenientes, mesmo que estas veiculem prescrições de ordem pública.¹⁸²

¹⁸¹ Ibidem.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 631102 PA, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 14/12/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-084 Divulg 30-04-2012 Public 02-05-2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085903/embdecl-no-recurso-extraordinario-re-631102-pa-stf>>. Acesso em 21 de jan. 2016.

Assim, deu provimento ao recurso extraordinário para assegurar ao recorrente o direito ao registro de sua candidatura.

O Min. Peluso, na sequência, reproduziu, em sua inteireza, o voto já proferido por ocasião do Caso Joaquim Roriz, dando provimento ao recurso para também garantir ao recorrente o registro de sua candidatura.

O julgamento terminou empatado novamente, com cinco votos de cada lado, trazendo ao colegiado o desafio de compor para proclamar um resultado para o processo, qualquer que o fosse.

A suspensão do julgamento até que fosse nomeado o 11º ministro que desempataria a questão não foi acolhida com o intuito de não prejudicar o processamento de outros recursos relacionados à Lei da Ficha Limpa e de não incorrer em negativa de prestação jurisdicional.

Colhidos votos sobre a continuidade do processo ou se deveria aguardar o preenchimento da vaga do 11º componente da Corte, Min. Toffoli votou por aguardar a nomeação do novo integrante para que se prosseguisse com o julgamento do caso. A Ministra Carmen Lúcia manifestou-se pelo imediato prosseguimento, no que foi acompanhada pelo Min. Ricardo Lewandowski e Min. Ayres Britto.

O Min. Gilmar Mendes votou pela suspensão do julgamento e Min. Ellen Gracie pelo seu prosseguimento. Min. Marco Aurélio, após sugerir que fosse adotada solução prevista para empates no caso de *habeas corpus*, que implica em decisão mais favorável ao paciente, acabou por votar no sentido de que se aguardasse a nomeação do 11º integrante.

O Min. Celso de Mello rejeitou a proposta de adiamento ao argumento de que teria vislumbrado no regimento, critérios impessoais, não casuísticos, abstratamente estabelecidos, ao que completaram-se seis votos favoráveis à continuidade do julgamento.

Assim, identificou aquilo que seriam quatro critérios possíveis para a superação do impasse resultante do empate. O primeiro, seria aguardar a nomeação do novo ministro, o segundo seria o voto de qualidade pelo Presidente, o terceiro seria a convocação de um ministro do Superior Tribunal de Justiça e o quarto seria a aplicação por analogia do art. 205, parágrafo

único, inc. II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal¹⁸³, que implicaria na manutenção do ato impugnado.

Sua proposta foi pela adoção da quarta alternativa, para, diante do empate insuperável do julgamento do mérito, fazer prevalecer a decisão recorrida do Tribunal Superior Eleitoral, que indeferiu o registro de candidatura de Jäder Barbalho.

A proposta foi acompanhada pelo Min. Joaquim Barbosa, mas não pelo Min. Dias Toffoli, que votou pelo voto de qualidade do Presidente. Min. Carmen Lúcia também aderiu à proposta do Min. Celso de Mello, ao que também o fez Min. Lewandowski e o Min. Ayres Britto.

O Min. Gilmar Mendes reconheceu a inconveniência do voto de qualidade, mas votou nesse sentido, ou de que fosse adotada a solução do *habeas corpus* onde é reconhecida a pretensão de quem alega estar sendo violado em seu direito.

A Min. Ellen Gracie aderiu à proposta da aplicação por analogia do art. 205, inc. II, parágrafo único do Regimento Interno do STF.

Após definida a questão do impasse, Min. Ricardo Lewandowski abordou um aspecto que nos parece importante e que será abordada mais adiante, mas que está diretamente relacionada à ruptura que acreditamos ter sido proposta pela iniciativa popular. Sua Excelência disse que o Tribunal, em vez de adotar a solução prescrita pelo princípio *in dubio pro reu*, adotou a solução *in dubio pro societate*.

Ressalvando seu ponto de vista, mas comprometido com a proclamação de um resultado, Min. Peluso aderiu à proposta do Min. Celso, finalizando seu voto por dizer que a história julgaria o erro ou o acerto do Supremo naquele caso, proclamando como resultado prático daquele julgamento a constitucionalidade da alínea ‘k’ da Lei Complementar 135 e indeferindo o registro de candidatura de Jader Barbalho.

2.6 RE 633.703/MG – Caso Leonídio Bouças

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Art. 205 - Recebidas as informações ou transcorrido o respectivo prazo, sem o seu oferecimento, o Relator, após vista ao Procurador-Geral, pedirá dia para julgamento, ou, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, julgará o pedido. [...]

II – havendo votado todos os Ministros, salvo os impedidos ou licenciados por período remanescente superior a três meses, prevalecerá o ato impugnado.

O relatório do recurso extraordinário do caso Leonídio Bouças dá conta de que em 18/12/2007, o TJMG, em grau apelação, portanto em sede colegial, reconheceu a prática de atos de improbidade administrativa e o condenou à perda da função pública e suspendeu seus direitos políticos, razão pela qual seu registro de candidatura havia sido indeferido com base na alínea 'I', do inc. I, do art. 1º, da LC 64/90 com a redação que lhe foi conferida a LC 135/2010.

Diz o referido dispositivo:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

1) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena.

O relator do caso, o Min. Gilmar Mendes identificou no apelo, três fundamentos principais:

- 1) a não observância do princípio da anualidade ou da anterioridade, inscrita no art. 16, da Constituição;
- 2) afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF) em razão da ausência de trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa;
- 3) violação aos artigos 15, V, e 37, §4º, da Constituição, que teriam remetido à legislação ordinária a regulamentação das sanções cabíveis em decorrência de atos de improbidade administrativa, tendo a lei (L. 8.429/92) exigido o trânsito em julgado para a suspensão dos direitos políticos.

Ato contínuo, reconheceu a repercussão geral da questão, uma vez que, tal qual nos Casos Joaquim Roriz e Jader Barbalho, o mesmo havia sido feito. Nas outras duas oportunidades, o Tribunal havia chegado a um impasse na forma de um empate por cinco a cinco.

As eleições de 2010 já haviam sido realizadas, mas o Tribunal ainda não havia decidido questões importantes, sobretudo com relação à validade da Lei para as Eleições de 2010, porquanto a composição estava carente de um integrante, justamente o 11º membro que poderia desempatar questões que eventualmente demandassem um quórum qualificado para serem resolvidas.

Com a nomeação do Min. Luiz Fux, o próximo caso seria desempatado, fato que deu-se, efetivamente na sessão de 23 de março de 2011, quando foi à pauta o RE 633.703/MG, cuja missão era definir a aplicação da Lei da Ficha Limpa, de uma vez por todas.

Como visto, nos dois outros casos, houve um impasse, sendo que, no primeiro deles, antes da proclamação do resultado, houve protocolo de pedido de desistência, o que causou a extinção do processo sem julgamento do mérito. No segundo, a solução, sabidamente provisória, foi alcançada com o único intuito de não se negar a prestação jurisdicional, mas a definição do mérito não agradou a ninguém, porque ainda pairava um sentimento de insegurança e indefinição. O Caso Leonídio Bouças resolveria a situação.

O mérito da questão em si, com relação à alínea 'I' não foi esmiuçada, tendo, na oportunidade, os Ministros decidido pela aplicação do art. 16, da Constituição Federal, como se extrai da ementa do julgado:

LEI COMPLEMENTAR 135/2010, DENOMINADA LEI DA FICHA LIMPA. INAPLICABILIDADE ÀS ELEIÇÕES GERAIS 2010. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL (ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA).

I. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ELEITORAL. O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las. O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. Precedente: ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 22.3.2006. A LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a fase pré-eleitoral, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. Essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior. A fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso.

II. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CHANCES. Toda limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Não há como conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos. E um dos fundamentos

teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral.

III. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA DEMOCRACIA. O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicado por esta Corte. A proteção das minorias parlamentares exige reflexão acerca do papel da Jurisdição Constitucional nessa tarefa. A Jurisdição Constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria.

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. Recurso extraordinário conhecido para: a) reconhecer a repercussão geral da questão constitucional atinente à aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), de modo a permitir aos Tribunais e Turmas Recursais o país a adoção dos procedimentos relacionados ao exercício de retratação ou declaração de inadmissibilidade dos recursos repetitivos, sempre que as decisões recorridas contrariarem ou se pautarem pela orientação ora firmada. b) dar provimento ao recurso, fixando a não aplicabilidade da Lei Complementar n° 135/2010 às eleições gerais de 2010.¹⁸⁴

Uma vez que os posicionamentos dos outros 10 ministros com relação ao art. 16, da Carta Federal já tinham sido expostos por ocasião dos outros dois casos, naquilo que nos interessa para fins da narrativa profissional, nos interessa examinar a decisão do 11º ministro, Min. Luiz Fux que desempatou a questão.

A iniciativa popular, ao ver do Min. Fux, era algo importante e significativo.

Cumpre-nos, nesse afoito prefacial, destacar que a Lei da Ficha Limpa representa um dos mais belos espetáculos democráticos experimentados após a Carta de 1988, porquanto lei de iniciativa popular com o escopo de purificação do mundo político, habitat dos representantes do povo – aqueles que expressam a vontade popular[...].

É cediço que dos juízes reclama-se e um conhecimento enciclopédico, uma isenção hercúlea, tudo envolto numa postura olímpica. Se assim o é, e é assim que se passam as coisas do mundo judicial, dos políticos espera-se moralidade no pensar e no atuar, virtudes que conduziram ao grito popular pela Lei da Ficha Limpa.¹⁸⁵

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 633703 MG, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 23/03/2011. Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-219 Divulg 17-11-2011 Public 18-11-2011 Ement VOL-02628-01 PP-00065. Acesso em 21 jan. 2016.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 633703 MG, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 23/03/2011. Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-219 Divulg 17-11-2011 Public 18-11-2011 Ement VOL-02628-01 PP-00065. Acesso em 21 jan. 2016.

Todavia, em seu modo de vista, a anterioridade inscrita no art. 16, da CF materializaria verdadeira cláusula pétrea que buscaria “garantir direito político fundamental pro eleitor e pro candidato”.

Para o Ministro, a forma fácil de se identificar a observância ao critério do art. 16, seria indagar se a promulgação de uma lei e sua aplicação teriam se dando no mesmo ano. Em caso afirmativo, violado estaria a anualidade.

O Min. Fux considerou que o termo ‘processo eleitoral’ utilizado no art. 16, não poderia ser confundido com processo jurisdicional eleitoral, entendido como regras do processo judicial que tramita perante à Justiça Eleitoral. Na interpretação do ministro, seriam justamente normas de direito material eleitoral que mais interfeririam no processo eleitoral.

[...] se o processo eleitoral, como visto, tem início com o ato da convenção partidária, cuja finalidade é a definição dos candidatos ao pleito, é evidente que as regras que interferem na produção desse ato, com a enunciação das qualidades subjetivas que devem satisfazer os candidatos, integram o processo eleitoral, pois é justamente disso que tratará a convenção partidária. Em outras palavras, os requisitos que a lei estabelece para o ato inicial do processo eleitoral devem estar inequivocamente submetidos à regra da anualidade, conclusão essa que se justifica principalmente à luz da isonomia e do equilíbrio nas eleições, que devem presidir a interpretação do art. 16 da CF, porquanto é inquestionável que qualquer restrição à elegibilidade interfere na igualdade de chances de acesso aos cargos públicos.¹⁸⁶

No entendimento de Sua Excelência, a igualdade de oportunidades garantida com a anterioridade do art. 16, da Constituição também se destinava a guardar o pluralismo político, na medida em que retiraria da situação governista a possibilidade de criar regras que dificultassem a vida da oposição ou das minorias.

Min. Fux fez uma distinção com relação ao caso que julgou que a LC 64/90, ao determinar que ali não incidiria o art. 16, da Constituição, pois a seu ver, aquela lei teria inaugurado um sistema de inelegibilidades, preenchendo um vácuo legislativo, o que não era o caso da LC 135/2010, que apenas alterava o regime inaugurado em 1990, razão pela qual ela deveria se submeter à anterioridade.

Na compreensão do Min. Fux, o art. 16, da Constituição se consubstanciaria em uma regra, ainda que principiológica que serviria os princípios da confiança e da segurança jurídica.

Esses postulados teóricos aplicáveis ao caso sub examine impedem que a Suprema Corte Brasileira simplesmente reescreva o art. 16 da Constituição Federal, no sentido de que, onde se lê “não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua

¹⁸⁶ Ibidem.

vigência”, seja lido como marco temporal a data da realização das convenções partidárias, ou a data em que ocorrido o registro da candidatura. A regra do art. 16 da CF, ao concretizar o princípio da segurança jurídica no domínio eleitoral, definiu um marco claro e preciso para a eficácia de novas leis que pretendam alterar o processo eleitoral, qual seja: a lei não pode atingir as eleições que ocorram no mesmo ano em que iniciada sua vigência. E um ano, evidentemente, não é igual a quatro meses, espaço de tempo que medeia entre o mês de junho (entrada em vigor da LC nº 135/10) e o mês de outubro (mês de realização das eleições).¹⁸⁷

O Ministro ponderou que a dinâmica do jogo eleitoral não começa a partir das convenções partidárias, mas muito antes, quando são feitas as movimentações de estratégia, inclusive na e com a escolha dos candidatos de cada partido. Haveria, caso acolhida a validade logo de plano, prejuízo material ao debate democrático e à previsibilidade do jogo político, pois foi, especificamente, a instituição das novas hipóteses de inelegibilidade que teria alterado, substancialmente, o processo eleitoral.

Deveras, repita-se, a iniciativa popular foi mais do que salutar, mas não pode ser efetivada em dissonância com as garantias constitucionais. É que segurança jurídica e surpresa não combinam, resolvendo-se os conflitos e as tensões sempre em prol do primeiro valor.¹⁸⁸

A confiança e segurança do cidadão, no planejamento de sua vida e de suas ações, não poderiam ser frustradas mediante a inserção de novas regras abruptamente, uma vez que “uma das funções mais importantes das normas jurídicas é a criação de uma estabilidade nas relações sociais”, havendo limitação da autonomia do indivíduo, se ele não puder calcular com alguma dose de previsibilidade, as consequências jurídicas de seus atos.

Dando sinais de que entendia pela constitucionalidade da lei como um todo, apenas fazendo reservas com relação ao início de sua vigência e sua aplicabilidade para o pleito de 2010, Min. Fux fechou seu voto registrando que

A Ficha Limpa é a lei do futuro, é a aspiração legítima da nação brasileira, mas não pode ser desejo saciado no presente, em homenagem à Constituição Brasileira, que garante a liberdade para respirarmos o ar que respiramos, que protege nossa família desde o berço de nossos filhos até o túmulo de nossos antepassados.¹⁸⁹

Acolhida a violação ao art. 16, da Constituição e ante a repercussão geral reconhecida no caso concreto, o Supremo Tribunal Federal, ao prover o recurso de Leonídio Bouças e deferir

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 633703 MG, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 23/03/2011. Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-219 Divulg 17-11-2011 Public 18-11-2011 Ement VOL-02628-01 PP-00065. Acesso em 21 jan. 2016.

¹⁸⁸ Ibidem.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 633703 MG, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 23/03/2011. Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-219 Divulg 17-11-2011 Public 18-11-2011 Ement VOL-02628-01 PP-00065. Acesso em 21 jan. 2016.

seu registro de candidatura, definiu a questão quanto à (in)aplicabilidade da Lei Complementar 135/2010 para as eleições de 2010. Com essa decisão, Jäder Barbalho assumiu a cadeira de Senador pelo estado do Pará, para o qual havia sido eleito.

2.7 Julgamento conjunto ADC n. 29 e n. 30 e ADI n. 4.578

O julgamento do Caso Leonídio Bouças solucionou o impasse do empate de votos quanto à (in)aplicabilidade da Lei Complementar 135/2010 às eleições de outubro de 2010, mas isso não significava que não havia outros questionamentos a serem enfrentados.

Com o voto do Min. Luiz Fux, deu-se que o julgamento da alínea ‘k’, única enfrentada até o momento, restou prejudicado o exame do mérito, pois a maioria entendeu pela inaplicabilidade da LC 135/2010 ao pleito de outubro de 2010, logo, embora reformado o acórdão do TSE por maioria, não julgou-se o mérito da questão da (in)constitucionalidade da alínea ‘k’, inserta pela nova redação da Lei.

A constitucionalidade das novas hipóteses de inelegibilidade instituídas por força na nova lei complementar ainda não havia passado pelo escrutínio mais contundente do Supremo, que apenas viria com o próximo e decisivo julgamento, o das ADC’s 29 e 30, julgadas conjuntamente com a ADI 4.578, ocorrida entre novembro de 2011 e fevereiro de 2012, portanto, a vontade do povo ainda precisava passar pela reta final.

Esse julgamento foi relevante porque examinou as hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas ‘c’, ‘d’, ‘f’, ‘g’, ‘h’, ‘j’, ‘k’, ‘m’, ‘n’, ‘o’, ‘p’ e ‘q’ do art. 1º, da Lei Complementar 64/90, com a redação que lhe foi conferida a Lei Complementar 135/10.

A alínea ‘c’, com a nova redação não alterou materialmente a norma anterior, mas apenas o prazo previsto para inelegibilidade de chefes do Poder Executivo, passando de três para oito anos. A dilação do prazo foi objeto de um debate sob a perspectiva da proporcionalidade quanto a se teria havido excesso do legislador na dosimetria da restrição do direito político.

A alínea ‘d’, além de ter estendido o prazo para oito anos para quem tiver tido condenação em representação eleitoral por abuso de poder econômico ou político, alterou a exigência de trânsito em julgado para decisão proferido por órgão colegiado.

No mesmo sentido a alínea ‘e’, que trata sobre crimes praticados, contra a ordem pública, a ordem econômica, o meio ambiente e a saúde pública, crimes eleitorais, tráfico de entorpecentes, contra a vida e a dignidade sexual, assim como aqueles praticados por organização criminosa em quadrilha ou bando.

A alínea ‘g’, além de ter elastecido o prazo de inelegibilidade de cinco para oito anos, especificou que a irregularidade que tenha levado à rejeição das contas deve ser por ato doloso de improbidade administrativa, estipulou que em vez de suspender a incidência da hipótese a mera existência de processo submetido ao Poder Judiciário, seria necessário ter um provimento suspensivo ou anulatório do Judiciário. Essa discussão deu-se sob a ótica da legitimidade constitucional das Cortes de Contas para proferir decisões com aptidão para suspender a plenitude dos direitos políticos.

A alínea ‘h’ não teve seu conteúdo material alterado, mas o prazo aumentado para oito anos e a suficiência de decisão preferida por órgão colegiado para que seja declarada a inelegibilidade do candidato.

A alínea ‘j’ instituiu a inelegibilidade para quem tiver tido condenação transitada em julgado ou confirmada por órgão colegiado, pela prática de corrupção eleitoral, captação ilícita de sufrágio, doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma.

A alínea ‘k’ instituiu a inelegibilidade para aqueles políticos que abusarem do direito de renunciar, o fazendo com o intuito de evitar processo que pudesse levar a perda do cargo ou cassação.

A alínea ‘m’ cuidou de instituir inelegibilidade a quem tiver sido excluído do exercício da profissão por decisão condenatória de órgão competente, em decorrência de infração ética-profissional pelo prazo de oito anos, exceto se o ato tiver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário.

A ‘n’ tratou sobre hipóteses de simulação com o intuito de burlar a regra da alternância do poder, prevendo inelegibilidade pelo prazo também de oito anos.

A alínea ‘o’ criou inelegibilidade para a hipótese de quem tiver sido demitido do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial pelo prazo de oito anos, salvo se a parte tiver obtido provimento judicial suspensivo ou anulatório.

A alínea ‘p’ instituiu inelegibilidade pelo prazo de oito anos para pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral.

Por fim, a alínea ‘q’ criou inelegibilidade pelo prazo de oito anos, para magistrados ou membros do Ministério Público que tiverem perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar.

Aquilo que mais interessa o objeto da pesquisa, diz respeito à dispensa de decisão transitada em julgado para a incidência da inelegibilidade, a dilação do prazo de três e cinco para oito anos, inelegibilidade decorrente de rejeição de contas julgadas por tribunais de contas e o alcance da vida pregressa; se retroativa para alcançar fatos pretéritos ou se o marco inicial para a inelegibilidade seria a partir da edição da Lei Complementar n. 35.

Outras discussões como a legitimidade de órgãos profissionais para punir indivíduos com expulsão profissional que implique em inelegibilidade ou a inelegibilidade decorrente de aposentadoria compulsória ou que tenham perdido o cargo por força de sentença sancionatória, também são importantes porque caracterizam um maior rigor instituído com a nova ordem eleitoral constitucional, assunto sobre o qual também tentaremos aprofundar.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.578, foi proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL, em março de 2011. Aqui cabe um aparte, porque sustentamos alhures que não havia entidades de representação coletiva que tivessem se manifestado contra a Lei da Ficha Limpa. A CNPL não era contra Lei da Ficha Limpa, mas apenas a hipótese que viabilizava inelegibilidade por decisão de entidade profissional.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29 foi proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS, em abril de 2011 e a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 30 foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, em maio de 2011.

Considerando que em outubro de 2010 ocorreram pleitos para presidente, governadores e parlamentares e que a Ficha Limpa foi o principal tema discutido nas eleições, tanto pela

sociedade civil, quanto pelos candidatos, quanto pelos tribunais, o ajuizamento dessas ações revela que ainda havia muitas dúvidas e inseguranças quanto à Lei da Ficha Limpa, seus alcances e seus efeitos.

Tendo em vista que os temas eram conexos e que a decisão alcançada pelo Tribunal vincularia tudo aquilo que debatido nas três ações, o Supremo tratou de examiná-las em conjunto antes do pleito eleitoral de 2012.

O relatório dá conta que primeiro foi distribuída a ADI 4.578, à qual foi apensada, por conexão as ADC 29 e ADC 30.

A ADC 29, ajuizada pelo PPS buscava “o reconhecimento da validade jurídica da aplicação das hipóteses de inelegibilidade instituídas pela Lei Complementar nº. 135/10 aos casos em que os atos ou fatos passíveis de enquadramento tenham ocorrido anteriormente à edição da lei”.¹⁹⁰

Seu entendimento era que “a expressa referência constitucional ao exame da vida pregressa do candidato é bastante para autorizar a previsão, pelo legislador complementar, de hipóteses de inelegibilidades que tome em consideração fatos já passados e que o raciocínio oposto esvaziaria o conteúdo da lei”.¹⁹¹

Quanto à ADC 30, proposta pela CFOAB, um pouco mais ampla, esta bosquejava a declaração de constitucionalidade de todos os dispositivos da Lei Complementar 135/2010. Contudo, ancorado na jurisprudência predominante do STF quanto à necessidade de exposição de argumentos jurídicos do pedido de declaração de constitucionalidade dos dispositivos, não se conheceu da questão relativa à constitucionalidade dos demais dispositivos da LC 135/10, que não aqueles citados na ADC 29.

Por sua vez, a ADI 4.578, proposta pela CNPL, pleiteava a declaração de inconstitucionalidade da alínea ‘m’, da LC 135/10, ao argumento de que haveria inconstitucionalidade formal, “ao admitir que a violação a regimentos internos elaborados por esses conselhos (profissionais) possa ocasionar a imposição de sanções de cunho eleitoral”.¹⁹²

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC nº. 29 e nº. 30 e ADI nº. 4.578, julgados conjuntamente. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jan. 2016.

¹⁹¹ Ibidem.

¹⁹² Ibidem.

Além disso, sustentava a inconstitucionalidade da equiparação de decisões administrativas de conselhos profissionais a decisões proferidas por órgãos colegiados do Judiciário, naquilo que concernia a inelegibilidade.

A relatoria do julgamento ficou a cargo do Min. Fux, que no Caso Leonídio Bouças desempatou a questão do art. 16, da Constituição, afastando a aplicabilidade da lei ao pleito ocorrido em outubro de 2010.

No entendimento do Min. Fux, novamente relator, as hipóteses de inelegibilidade criadas pela LC 135/10 poderiam ser divididas em cinco grupos:

- a. Condenações judiciais;
- b. Rejeição de contas relativas ao exercício de cargo ou função pública;
- c. Perda de cargo;
- d. Renúncia de cargo, e;
- e. Exclusão do exercício de profissão regulamentada.

Antes de passar a seu voto, o Min. Fux fez considerações sobre o que ele entendia ser a função contramajoritária do STF e sua relação com “o sentimento constitucional”. Disse Sua Excelência:

Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático.

No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurtem do contexto social quanto às suas decisões.

Se a Suprema Corte é o último player nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. HÄBERLE), é certo que tem o privilégio e, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão.

Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema “ficha limpa”, sobretudo porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição e da Lei Complementar nº 135/10 – interpretações essas que ora se adotam. Não se cuida de uma desobediência ou oposição irracional, mas de um movimento intelectualmente embasado, que expõe a concretização do que PABLO LUCAS VERDÚ chamara de sentimento constitucional, fortalecendo a legitimidade democrática do constitucionalismo. A sociedade civil identifica-se na

Constituição, mesmo que para reagir negativamente ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.¹⁹³

Feito esses registros, o primeiro aspecto abordado pelo relator cuidou da aplicação da nova Lei Complementar a fatos anteriores, que a seu ver, não violava o princípio da irretroatividade das leis. Defendeu seu posicionamento ancorado na doutrina de Canotilho, que faz uma distinção entre retroatividade autêntica e inautêntica.

(i) a retroatividade autêntica: a norma possui eficácia extun, gerando efeito sobre situações pretéritas, ou, apesar de pretensamente possuir eficácia meramente extun, atinge, na verdade, situações, direitos ou relações jurídicas estabelecidas no passado; e

(ii) a retroatividade inautêntica (ou retrospectividade): a norma jurídica atribui efeitos futuros a situações ou relações jurídicas já existentes, tendo-se, como exemplos clássicos, as modificações dos estatutos funcionais ou de regras de previdência dos servidores públicos.¹⁹⁴

O Ministro ressaltou que a retrospectividade era aceita pelo STF, a exemplo do posicionamento exposto na promulgação da EC 41/03, que alterou os regimes previdenciários dos servidores públicos.

Min. Fux defendeu que um maior rigor, em forma de novo requisito negativo para que o indivíduo possa se candidatar não poderia se confundir com agravamento da pena ou *bis in idem*, porque não existe direito adquirido a candidatura, uma vez que as condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade são aferidas no momento do registro da candidatura. Nessa linha, não existiria direito adquirido, mas expectativa de direito, que, no caso só poderia ser razoável se se atender à exigência da moralidade prevista no §9º, do art. 14, da CF.

Como o STF havia julgado a ADPF 144 há pouco tempo, o relator referiu-se, por diversas vezes, ao fato de a lei ter sido fruto de iniciativa popular e de um “amadurecimento institucional do país”, para fundamentar o *overruling* quanto ao precedente firmado naquela oportunidade.

Para o Ministro Fux, a decisão da ADPF 144 “gerou um fenômeno similar ao que os juristas norteamericanos [...] identificam como *backlash*, expressão que traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos”.¹⁹⁵

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC nº. 29 e nº. 30 e ADI nº. 4.578, julgados conjuntamente. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jan. 2016.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC nº. 29 e nº. 30 e ADI nº. 4.578, julgados conjuntamente. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jan. 2016.

¹⁹⁵ Ibidem.

Assim, não caberia ao Supremo “desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema ‘ficha limpa’”. O posicionamento sugerido justificava-se do ponto de vista jurídico porque as hipóteses propostas pela Lei seriam razoáveis, com “plena equivalência entre a inelegibilidade e as hipóteses legais que a configuram”, dentro dos limites da proporcionalidade e aptas a consecução dos fins previstos na Constituição e propostos pela lei complementar.

Ao examinar a questão sobre eventual afronta constitucional ao princípio da inocência ou não-culpabilidade, Min. Fux não vislumbrou lesões ao núcleo essencial dos direitos políticos - o direito de votar - mas apenas o de ser votado sob as condições que a Lei reputou inadequado para a assunção de um cargo político-eletivo.

A parte do voto em que restou vencido, cuidava da alínea ‘e’, especificamente naquilo que tratava sobre o prazo para inelegibilidade. O relator pontuou que a nova alteração, porque instituiu inelegibilidade a partir de decisão colegiada, significava que o indivíduo ficaria inelegível entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado, mais os oito anos, situação que considerava excessiva e que poderia equivaler a cassação de direitos políticos.

Sua proposta era de que, do prazo de oito anos previsto para a inelegibilidade, fosse deduzido o período “já cumprido”, por assim dizer, entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado para evitar excesso sancionatório.

A alínea ‘k’, foi superada pelo relator ao argumento de que renúncia para evitar processo investigativo e suas consequências caracterizaria abuso de direito que, coerentemente, era coibido pela moralidade e pela nova Lei.

Seu voto foi pela parcial procedência das ADC’s, exceto quanto a alínea ‘e’, e pela improcedência da ADI.

Próximo a votar, Min. Joaquim Barbosa pediu vista e ao trazer o seu voto, votou pela total procedência das ADC’s e pela improcedência da ADI. Iniciou fazendo uma reconstrução histórico-constitucional acerca dos critérios da probidade, moralidade, normalidade e legitimidade das eleições, trazendo à baila que a primeira vez em que esses valores foram previstos no ordenamento constitucional foi na Constituição de 1967 (art. 148) e, depois, reproduzidos na EC 1/1969 (art. 151).

Min. Barbosa destacou também que o termo “vida pregressa do candidato” foi utilizado pela primeira vez na EC 8/1977, num esforço para defender que teriam se passado mais de quarenta anos desde que a Constituição teria determinado que o legislador complementar estabelecesse outras formas de se preservar a moralidade e a probidade administrativa.

Seu entendimento foi de que o

Mandamento constitucional, materializado inicialmente na LC 64/1990, veio a ser aprimorado no ano passado com a promulgação da LC 135/2010, também qualificada como Lei da Ficha Limpa. Aprimorado, aperfeiçoado para fazer frente às mais sofisticadas formas de corrupção que vêm sendo forjadas nos últimos anos pelos homens políticos brasileiros, pela classe política brasileira.¹⁹⁶

Seu voto registrou que

especificamente a vida pregressa dos candidatos, foi preciso que a sociedade brasileira, num raro momento de efetiva mobilização, reunisse número suficiente de assinaturas para apresentar projeto de lei complementar destinado a, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.¹⁹⁷

Essa mobilização a que ele se referiu, seria resultado daquilo que chamou de “um despertar de consciência a respeito do real significado da democracia e de um dos seus elementos constitutivos essenciais”¹⁹⁸. A importância da participação popular foi realçada em seu voto diversas vezes, de modo a justificar seu posicionamento segundo o qual o legislador complementar teria estabelecido critérios em sintonia com a Constituição.

O Min. Barbosa afirmou que no campo eleitoral, não se poderia sobrevalorizar o indivíduo em detrimento da coletividade, pois na dimensão dos direitos políticos, os individuais deveriam se curvar aos coletivos numa ponderação de valores. Os novos critérios objetivos estabelecidos pela Lei traduziam “a repulsa de toda a sociedade a certos comportamentos bastante comuns no mundo da política”.

Seu pensamento estabeleceu-se sobre a premissa de que as novas hipóteses de inelegibilidade estavam em convergência com o espírito político da sociedade de que a Lei da Ficha Limpa tinha também como missão proteger a sociedade.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC nº. 29 e nº. 30 e ADI nº. 4.578, julgados conjuntamente. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jan. 2016.

¹⁹⁷ Ibidem.

¹⁹⁸ Ibidem.

O Ministro fez, ainda, uma recapitulação histórica do eleitorado brasileiro para demonstrar que, por muito tempo, apenas uma pequena minoria estava incluída no jogo político para votar e menos ainda para ser votado.

Quanto à questão atinente à renúncia, o Min. Joaquim Barbosa sustentou que a renúncia não poderia servir de empecilho para que fossem devidamente apurados os atos contrários aos preceitos constitucionais ou para assegurar impunidade.

O voto do Min. Dias Toffoli foi diferente de todos. O Min. votou no sentido de prover parcialmente o pedido formulado na ADI 4.578, para conferir interpretação conforme a alínea ‘m’ do art. 1^a.

Quanto à ADC 29, declarou a constitucionalidade da aplicação da Lei da Ficha Limpa a fatos e atos pretéritos em relação à lei.

Na ADC 30, declarou a constitucionalidade das alíneas ‘c’, ‘f’, ‘k’, e seus §§ 4º e 5º. Acerca da alínea ‘m’, o ministro esclareceu que a causa de inelegibilidade só deveria incidir após a condenação definitiva no âmbito administrativo, bem como o prazo de inelegibilidade que só iniciaria contagem após do trânsito em julgado administrativo.

A alínea ‘i’ também foi objeto daquilo que o Min. Toffoli chamou de interpretação conforme, segundo à qual o termo “por decisão sancionatória” significaria decisão administrativa definitiva e que “sentença” fosse entendido como decisão judicial transitada em julgado.

O Min. declarou inconstitucional, ainda, a expressão “ou proferida por órgão colegiado” nas alíneas ‘d’, ‘e’, ‘h’ e ‘l’ do art. 1º, assim como a expressão “ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral”.

Nos aspectos que tocam essa pesquisa, o Min. Toffoli entendeu pela inconstitucionalidade da Lei da Ficha Limpa em sua essência, é dizer, assentou que não caberia ao povo, ou aos representantes do povo, interferirem em direitos e garantias fundamentais, pois esses representam os limites normativos do legislador.

O Min. Toffoli, reconheceu que

é indubitável que, sob o prisma político, a propulsão do então projeto de lei, o qual culminou com a edição da Lei Complementar nº. 135/10, refletiu um momento de

relevante mobilização social, tanto que constituiu vivência da democracia direta pelo povo brasileiro.¹⁹⁹

Porém, lembrou que é papel político-constitucional do STF filtrar a vontade das maiorias contra as minorias, mesmo e sobretudo diante de discurso ético que tem forte apelo na sociedade civil e outras instâncias extrajurídicas.

Algumas vezes, deve-se proteger as maiorias contra elas mesmas e, muitas vezes, compete ao Poder Judicial o desagradável papel de restringir a vontade popular em nome da proteção do equilíbrio de forças democráticas, contra o esmagamento de minorias ou de pautas axiológicas que transcendem o critério quantitativo do número de votos em uma eleição ou um plebiscito.²⁰⁰

A linha condutora de seu voto foi no sentido de que, a despeito da “inegável legitimidade popular”²⁰¹, “as mazelas no sistema político representativo, de domínio público, não são reparáveis por meios que levam ao amesquinamento de garantias constitucionais há muito conquistadas”.²⁰²

A essência de sua fundamentação cuidou-se dos limites normativos do povo, entendido como os limites do povo em criar ou alterar regras constitucionais, tema que será objeto de reflexão mais adiante.

Quanto à elegibilidade como um direito subjetivo do cidadão-candidato, Min. Toffoli afirmou que se trataria de “uma das facetas mais importantes dos direitos fundamentais do cidadão”, e que mesmo num contexto coletivo, o interesse da coletividade não poderia se dar como resultado de anulação do interesse individual.

Para reforçar sua argumentação, citou precedentes e ressaltou que aquele julgamento não foi a primeira vez em que a flexibilização do direito de ser votado foi apreciado pelo Supremo, afiliando-se ao posicionamento perfilhado pelo Min. Celso de Mello na ADPF 144, no sentido de que a presunção de inocência ou não-culpabilidade deve ser estendida a todas as áreas além da criminal, inclusive em searas administrativa e disciplinar.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC nº. 29 e nº. 30 e ADI nº. 4.578, julgados conjuntamente. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jan. 2016.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC nº. 29 e nº. 30 e ADI nº. 4.578, julgados conjuntamente. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jan. 2016.

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² Ibidem.

Próxima a votar, a Min. Rosa Weber não tinha participado do julgamento, pois substituiu a Min. Ellen Gracie que se aposentou. Seu posicionamento era, portanto, incógnito, mas ela não fez suspense.

Abriu dizendo que acompanhava integralmente o relator, inclusive com relação à dedução do tempo “cumprido” entre decisão colegiada e o trânsito em julgado.

Suas considerações quanto à inelegibilidade enquanto restrição do direito político passivo, revelam que a ministra entendeu que os casos de inelegibilidade não têm caráter sancionatório, mas que representam uma “condição negativa de elegibilidade”, cuja função não é punir, pois

a norma jurídica não tem no indivíduo seu destinatário primeiro – outro o foco – e sim a coletividade, buscando preservar a legitimidade das eleições, a autenticidade da soberania popular e, em última análise, a assegurar o processo de concretização do Estado Democrático de Direito.²⁰³

Além disso, o voto da ministra sugere que ela entendia que aquela decisão do STF estaria reconhecendo a verdadeira ou legítima vontade do povo.

Essas portanto, as balizas que respeitarei no controle concentrado da constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade, trazidas ao ordenamento jurídico com o advento da LC 135/2010, exercício a ser empreendido após escorço da trajetória percorrida até a edição da norma complementar, porquanto entendo que a democracia se concretiza em um movimento ascendente, operando-se no poder estatal de baixo para cima, da base social para as cúpulas dos Poderes instituídos, que devem emprestar ressonância às legítimas expectativas da sociedade.²⁰⁴

A seu ver, a presunção de inocência a partir de decisão colegiada condenatória, perderia sua força e não poderia ser mais considerada em grau absoluto na seara eleitoral.

A Min. Rosa Weber em seu voto, reconheceu uma distinção entre o homem público – ou que pretende ser público – e o cidadão comum, que não podem, no patamar das obrigações, ser considerados iguais, afiliando-se ao entendimento do relator, segundo o qual, no caso, não haveria retroatividade, mas retrospectividade.

O principal aspecto do voto da Min. Rosa Weber, a nosso sentir, é que ela alinhou seu raciocínio de modo a enxergar, na órbita constitucional eleitoral, uma relação jurídica que se daria, no momento do registro da candidatura, entre indivíduo e coletividade e não indivíduo e

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC nº. 29 e nº. 30 e ADI nº. 4.578, julgados conjuntamente. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jan. 2016.

²⁰⁴ Ibidem.

Estado, daí privilegiando a coletividade em comparação ao indivíduo. Esse aspecto nos parece de fundamental importância e será objeto de exame mais adiante.

O posicionamento da Min. Carmen Lúcia, próxima a votar, era conhecido, e ela destacou que entre as três ações julgadas, havia três pontos fundamentais que precisavam ser resolvidos, a saber:

- a) Se as inelegibilidades instituídas na LC 135/2010 alcançariam fatos ocorridos antes do início de sua vigência;
- b) Se a alínea ‘m’, do inciso I, art. 1º, seria constitucional, e;
- c) A constitucionalidade das situações previstas nas inelegibilidades dentro dos grupos identificados pelo relator.

Sobre a primeira questão, Min. Carmen Lúcia acompanhou o entendimento do Min. Ayres Britto, para quem, a “vida pregressa” constituiria biografia passada da pessoa, a ela atrelada. Assim, a vida passada do homem público seria aquela que interessa ao público no sentido de saber se o pretense candidato ostentaria aptidão moral para o posto público que pretende ocupar.

A Min. Carmem também considerou que a não-culpabilidade penal não se aplicaria no campo eleitoral, mas sim no campo do direito penal, de modo que a inelegibilidade não poderia ser vista como uma “antecipação” da pena, mas uma “condição interdita para o exercício de determinado desempenho”.

“O objetivo da norma constitucional é assegurar a proteção ética do processo eleitoral, garantindo-se à sociedade o direito de votar em que o sistema estabeleça e ofereça condições ético-jurídicas de exercer o mandato que lhe venha a ser conferido”.²⁰⁵

Porque entendia que a Lei vinha apenas com a intenção de aperfeiçoar o processo eleitoral, a ministra sustentou que a lei não deveria se sujeitar a *vacatio legis* do art. 16, da Constituição que trata sobre a anterioridade eleitoral, como definido na ADIn nº. 3345/DF, pois a Lei não provocou danos a igualdade de oportunidades entre os candidatos ou outras “deformações capazes de afetar a normalidade das eleições”.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC nº. 29 e nº. 30 e ADI nº. 4.578, julgados conjuntamente. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jan. 2016.

Quanto ao princípio da não-culpabilidade, Min. Carmen Lúcia defendeu que não haveria violação constitucional, porquanto, nos termos da jurisprudência do TSE e do STF, inelegibilidade não se confundiria com pena ou sanção.

Fechou seu voto asseverando que

Embora a inelegibilidade atinja a participação política o cidadão, resguarda-se a integridade da sociedade, pois se defende, objetivamente, do risco previsto e previsível e não de dano posterior e inafastável de pleito eleitoral comprometido por desvalores constitucionalmente desacolhidos.²⁰⁶

O Min. Lewandowski também iniciou ressaltando que a Lei Complementar foi fruto de iniciativa legislativa popular com apoio considerável lastreado em mais de um milhão e meio de assinaturas favoráveis, mas que, além disso, teve apoio dos 513 deputados e dos 81 senadores, em aprovação unânime nas duas Casas.

Em sua consideração, ao longo do caminho, a lei “foi fruto de intensos e verticais debates nas duas casas do Congresso, na Câmara Alta e na Câmara Baixa”, e “a questão [...] do princípio da não culpabilidade ou da chamada presunção de inocência foi examinada de forma muito pormenorizada”.²⁰⁷

O caminho percorrido e todos os obstáculos superados pela lei, no sentir do Min. Lewandowski, legitimam seu propósito e os mecanismos previstos para evitar injustiças, tornam seus termos razoáveis e dentro da proporcionalidade.

Seu voto foi no sentido de acompanhar o relator, com exceção da alínea ‘e’, que entendeu por constitucional tal como prevista na Lei, ou seja, sem vislumbrar decote do prazo de inelegibilidade em decorrência do lapso temporal entre decisão colegiada e o trânsito em julgado de decisão condenatória, pois esse lapso temporal tal como definido estaria dentro da discricionariedade própria do legislador.

O Min. Ayres Britto, um dos entusiastas da Lei, votou pela procedência das ADC’s, sem o decote feito pelo relator, e pela improcedência da ADI, conferindo à Lei da Ficha Limpa constitucionalidade *in totum*.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC nº. 29 e nº. 30 e ADI nº. 4.578, julgados conjuntamente. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jan. 2016.

²⁰⁷ Ibidem.

Sua leitura seria calcada na “matiz constitucional”, já exposta desde o preâmbulo da Carta e confortada com a EC 4/1994, que especificamente estabeleceu o exame à vida pregressa do candidato como forma de proteger a probidade e a moralidade dos mandatos.

Min. Ayres sustentou que haveria três valores que são representativos da “evolução cultural e maturidade política de um povo”, quais sejam, a democracia, o meio ambiente equilibrado e a moralidade na vida pública, que “são três valores que todo o povo de democracia consolidada, de cultura avançada, todo povo que se preza na sua experiência histórica consagra e proclama como conteúdo da norma de direito positivo”.²⁰⁸

Para o ministro, haveria uma congruência do Congresso Nacional que editou a lei e a tradição administrativa e política brasileira que tem revelado, ao longo do tempo, uma profunda confusão entre o privado e o público, desrespeitando bens e valores públicos.

Min. Ayres fez distinção entre o cidadão e o representante do povo, acentuando que representar é mais do que apenas ser, e por isso, natural e razoável um maior rigor no julgamento público que a coletividade faz do currículo público de quem pretende lhe representar.

Um aspecto interessante abordado em seu voto foi a função educadora da lei na tradição política brasileira. O Min. Ayres afirmou que a lei teria “a ambição de mudar uma cultura perniciosa e deletéria, de maltrato, de malversação da coisa pública”.²⁰⁹

Outro fundamento do Min. Ayres para julgar constitucional a Lei da Ficha Limpa, foi que ela teria sido resultado de mobilização popular, do legítimo exercício da soberania popular.

“Então, essa lei complementar é fruto do cansaço, da saturação do povo com os maus-tratos infligidos à coisa pública, como se não vivêssemos num *res publica*, numa República”.²¹⁰

Assim, fazendo uma distinção entre o indivíduo e o cidadão, Min. Ayres entendeu ser possível que no âmbito dos direitos políticos ocorram intervenções com o intuito de preservar a coletividade, pois em sua concepção seria necessária maior qualificação para encarnar o Estado do que apenas ser ‘gente’.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC nº. 29 e nº. 30 e ADI nº. 4.578, julgados conjuntamente. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jan. 2016.

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ Ibidem.

Ao apresentar seu voto, Min. Gilmar Mendes destacou que enfrentaria três questões: (i) irretroatividade da lei, (ii) presunção de inocência e (iii) proporcionalidade das inelegibilidades instituídas e seus prazos.

Após tecer considerações quanto ao efeito da lei e dos atos jurídicos no tempo, e dividi-los em três graus: retroatividade máxima, média e mínima, Min. Gilmar Mendes asseverou ser incontestável que no caso haveria ao menos retroatividade mínima, podendo ser considerada ainda retroatividade máxima, uma vez que a nova lei incidiria sobre “garantia já assegurada aos cidadãos antes de seu advento”.²¹¹

Min. Gilmar considerou que as renúncias já feitas sob a égide de ordenamento que não previa inelegibilidade para quem renunciasse, não poderiam ser alcançadas, pois esses atos já haviam sido consumados.

Parece-me evidente que esse dispositivo não pode abarcar os casos de renúncia ocorridos antes de sua entrada em vigor. Isso sob pena de se tomar uma norma ad hoc, isto é, aprovada para punir destinatários previamente conhecidos, algo típico de regimes autoritários e, portanto, totalmente afastado dos princípios básicos do estado de Direito e da Democracia, que regem o constitucionalismo brasileiro.²¹²

Para enrobustecer seu ponto de vista, Min. Gilmar Mendes citou jurisprudência do STF sobre irretroatividade das normas e julgou, neste ponto, inconstitucional que hipóteses de inelegibilidade instituídas pela Lei Complementar 135/2010 atribuíssem efeitos futuros a fatos já consolidados no passado.

Quanto à presunção de não culpabilidade, de plano o ministro alertou que se mantinha fiel àquilo que julgado na ADPF 144 e que não se impressionara com a iniciativa popular, que a seu ver “não tem peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da Jurisdição Constitucional”.

Sob esse enfoque, reiterou ser função do Supremo Tribunal Federal, enquanto Corte Constitucional, manter-se firme em sua leitura da Constituição, ainda quando tal postura for contramajoritária.

Não cabe a esta Corte fazer ‘relativizações’ de princípios constitucionais visando atender anseio popular. É preciso garantir e efetivar tais princípios, fazendo valer sua força normativa vinculante, dando-lhes aplicação direta e imediata, ainda que isso seja contra a opinião momentânea de uma maioria popular. Certamente, a decisão desta

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC nº. 29 e nº. 30 e ADI nº. 4.578, julgados conjuntamente. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jan. 2016.

²¹² Ibidem.

Corte que aplica rigorosamente a Constituição poderá desencadear um frutífero diálogo institucional entre os poderes e um debate público participativo em torno dos temas nela versados. A história nos demonstra que as decisões contramajoritárias das Cortes Constitucionais cumprem esse importante papel, uma função que, em verdade, é eminentemente democrática.²¹³

Para o Min. Gilmar, a população disporia de outros mecanismos de controle para impedir candidatura e eleição de “pessoas inaptas, do ponto de vista da probidade administrativa e da moralidade, para o exercício do mandato eletivo”, em especial o voto direto.

Se a população acreditava que certo candidato seria inapto para exercer determinado cargo, caberia a ela simplesmente não votar em determinado candidato, e não ao povo criar uma lei para restringir o exercício de direitos políticos de cidadãos em nome da coletividade.

Além da população, o ministro afirmou que também seria responsabilidade dos partidos políticos filtrar esses pretensos candidatos, cujas vidas pregressas não recomendassem o exercício de cargos públicos.

Dois trechos do voto do Min. Gilmar Mendes, nos parecem, contudo, contraditórios. Disse ele num primeiro momento que o povo não necessitaria de “instância intermediária”, mas logo em seguida afirmou que os partidos políticos “exercem uma função de mediação entre o povo e Estado no processo de formação da vontade política, especialmente no que concerne ao processo eleitoral”.

Os partidos, de acordo com o ministro, atuariam em dois âmbitos, pois além de apresentarem lideranças políticas à sociedade, também apresentam os programas políticos defendidos pelos candidatos. Aos partidos, seria, ainda, possível reconhecer duas espécies de liberdade: interna, na medida em que as agremiações podem se fundar e atuar em intervenções do Estado; e externa, na medida em que sobre os partidos não é possível controle sobre a organização interna nem sobre o conteúdo programático, assim entendido como sua ideologia político-partidária.

A ampla participação por parte dos cidadãos do processo de escolha dos mandatários políticos, inclusive sob a forma de atuação das agremiações político-partidárias, seria, no entender do Min. Gilmar Mendes, própria da democracia e não caberia à população mitigar essa participação.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC nº. 29 e nº. 30 e ADI nº. 4.578, julgados conjuntamente. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jan. 2016.

A *ratio* do voto identificou na ampla participação do processo político um limite normativo insuperável em nome de uma “vontade do povo” ou “opinião pública”, critério por demasiado “fluído” e “falacioso” para tomar decisões sobre flexibilização de “princípios enraizados em nosso constitucionalismo”.

A exigência do trânsito em julgado de ação de improbidade administrativa, para o Min. Gilmar Mendes, seria outro obstáculo intransponível sem afronta ao princípio da não culpabilidade, tendo a Lei 8.429/92 determinado que “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Também consta de seu voto que o culpado pela irrisignação popular seria a morosidade da Justiça e que para esse mal, não seria remédio adequado “medidas ofensivas ao princípio da não-culpabilidade”.

Quanto a alínea ‘g’ da LC 135/2010, Min. Gilmar Mendes afirmou que não caberia aos Tribunais de Conta declarar inelegibilidade de candidatos por intermédio do julgamento e rejeição das contas prestadas, pois essa função caberia ao Congresso Nacional.

Órgão competente, portanto, para apreciar as contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo, somente pode ser, em nosso sistema de direito constitucional positivo, no que se refere ao Presidente da República, aos Governadores e aos Prefeitos Municipais, o Poder Legislativo, a quem incumbe exercer, com o auxílio meramente técnico-jurídico do Tribunal de Contas, o controle externo pertinente à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades administrativas.²¹⁴

A inconstitucionalidade da alínea ‘m’ também foi declarada pelo ministro, para quem não caberia a conselhos profissionais anular, ainda que temporariamente, a cidadania dos indivíduos.

Quanto à proporcionalidade, o ministro entendeu desproporcional que a Lei da Ficha Limpa pudesse impor a quem quer que fosse, afastamento da vida política por períodos deveras longos, como possivelmente, vinte anos, portanto, de uma forma mais rigorosa do que a própria lei penal, razão pela qual, nesse ponto, acompanhou a proposta feita pelo ministro relator no sentido de computar-se como cumprido, o tempo passado entre a decisão colegiada e, portanto, o início da inelegibilidade, e o trânsito em julgado.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC nº. 29 e nº. 30 e ADI nº. 4.578, julgados conjuntamente. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jan. 2016..

Assim como outros que lhe precederam, Min. Marco Aurélio abriu seu voto registrando que a Lei Complementar 135/2010 foi fruto de iniciativa popular, aprovada por unanimidade nas duas Casas do Legislativo Federal, em decorrência do que chamou de “falência das convenções na escolha dos candidatos”, é dizer, o ministro sugeriu em seu voto que a responsabilidade por essa triagem seria, primariamente, dos partidos políticos.

Disse que a lei foi editada dezesseis anos após a inserção do § 9º, do art. 14, da Constituição, com o deliberado intuito de preservar a coisa pública, através da moralidade e da probidade administrativa, usando como parâmetro, a vida pregressa do candidato.

A seu ver, “pregresso quer dizer o que se passou antes, algo a preceder. Vida pregressa recomendável é que não coloque em dúvidas a adequação do candidato a ocupar cargo público” e por isso viu como constitucional levar-se em conta decisão colegiada para fins de inelegibilidade.

Na questão atinente ao prazo de inelegibilidade, Min. Marco Aurélio ressaltou que se três ou oito anos, seria uma questão que deveria ser resolvida pelo legislador, não cabendo ao Supremo atuar como “legislador positivo”; a escolha deveria ficar no plano da opção político-normativa.

Para reforçar seu ponto de vista, fez uma conta inversa, levando em consideração a proposta feita pelo relator no sentido de deduzir o tempo desde a decisão colegiada até o trânsito em julgado, para concluir que tal procedimento neutralizaria a intenção da lei, diminuindo consideravelmente e em contrariedade à intenção da lei, o tempo de efetiva inelegibilidade. Essa consideração foi suficiente para convencer Min. Carmen Lúcia a reformar esse ponto em seu voto.

Quanto à renúncia

o que se tem é uma opção do legislador, não dependendo de aquiescência de quem quer que seja. [...] O que se tem é uma opção do legislador, apontando que aqueles que hajam renunciado – já assuntado quanto ao resultado desse processo administrativo – o colegiado que julgaria o processo administrativo para fugir a uma cassação, ou seja, aqueles que tenham voltado as costas à responsabilidade e ao próprio órgão a que integrado, não podem concorrer, considerado o ‘período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes’.²¹⁵

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC nº. 29 e nº. 30 e ADI nº. 4.578, julgados conjuntamente. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jan. 2016.

Assim, concluiu pela procedência das ações declaratórias de constitucionalidade e pela improcedência da Ação Direita de Inconstitucionalidade.

O último a votar foi o Presidente, Min. Cezar Peluso e começou ponderando que a despeito do nome que se dê, a inelegibilidade representa uma restrição de direito e que tinha grandes dificuldades de aceitar que alguém que tenha feito algo sob vigência de determinada lei ou regime, pudesse ser surpreendido por lei posterior que alterasse as consequências dos atos já praticados.

Estamos fazendo tábula rasa da responsabilidade ética como condição necessária do conceito de imputabilidade jurídica. Estamos atribuindo uma eficácia negativa, porque é restritiva de um direito subjetivo público a fato acontecido no passado, quando não havia possibilidade factual de eleger comportamentos.²¹⁶

Min. Peluso enxergou a inelegibilidade sob a ótica de sanção, na medida em que “subtrai um bem jurídico, e subtrai não como um prêmio, mas como mal, evidentemente como um mal, e, daí seu caráter indiscutível de sanção”.

Esse ponto de vista fez com que o Min. Peluso alertasse para o fato de que, ao voltar no tempo para alcançar o que não pode ser desfeito, a lei deixaria de ter um caráter geral e abstrato, para alcançar determinadas pessoas, razão pela qual entendia pela inconstitucionalidade da retroação.

A lei não foi feita para isso. A lei foi concebida para reger comportamentos futuros. Então, aqui, deixa de ser lei e, a meu ver, passa a ser confisco de parcela da cidadania. O Estado retira do cidadão uma parte da sua esfera jurídica da cidadania, abstraindo-lhe a vontade. Não interessa o que você pensou, não interesse se você pode ou não pode evitar a eficácia lesiva da lei. Você está inexoravelmente sem esse direito, está sem essa prerrogativa, sem esse predicado de cidadania.²¹⁷

Quanto à presunção de inocência, teceu considerações acerca de sua irradiação para esferas que não a penal.

O que o princípio jurídico enuncia é um valor político-ideológico, enquanto traduz postura estatal de respeito absoluto aos valores da liberdade e da dignidade humanas, que a pessoa não perde pelo só fato de estar, no curso do processo, na posição de réu.²¹⁸

O princípio, a seu ver, teria um tríptico significado. Primeiro, representaria uma garantia contra restrições indevidas no curso do processo. Segundo, representaria um modelo de

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC nº. 29 e nº. 30 e ADI nº. 4.578, julgados conjuntamente. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jan. 2016.

²¹⁷ Ibidem.

²¹⁸ Ibidem.

processo liberal, que “se predestina a proteger a liberdade, e não, propriamente, a punir”. Em terceiro lugar, uma regra de juízo, segundo a qual o magistrado deve julgar inocente, a menos que não tenha dúvidas quanto à culpa, que somente poderia ser averiguada ao final do “justo processo da lei” ou do “justo processo legal”.

Com o voto do Presidente, proclamou-se o resultado do julgamento que homologou, do ponto de vista constitucional, à vontade do povo, quando a partir de então, passou a valer a Lei Complementar nº. 135/2010, com todas as hipóteses de inelegibilidades por ela instituída, ficando estabelecido que ela poderia, inclusive, alcançar fatos pretéritos para, em prol da coletividade, proteger a probidade e a moralidade para o exercício do cargo político eletivo.

2.8 Considerações parciais

Findos os julgamentos e declarada a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, algumas respostas podem ser dadas, mas, considerando que os fatos históricos podem não ser mais do que degraus no caminho da história propriamente dita, sempre novas perguntas poderão ser feitas sobre o que aconteceu e o sobre o que vai acontecer.

Um aspecto fático que parece-nos ser incontroverso é de que a Lei da Ficha Limpa foi uma lei de iniciativa popular e que representava um genuíno sentimento genérico do povo quanto a um tema de fundamental importância que é: moralidade e probidade administrativa para o exercício do cargo público.

Não desconsideramos que, enquanto ficção de povo e vontade do povo que o MCCE e as outras organizações da sociedade civil articuladas invocaram para legitimar o discurso, subsidiaram interesses de uma maior-minoria-melhor-organizada-politicamente no momento e que isso pudesse ter alinhamento para servir interesse políticos particulares e específicos.

Quanto ao fato do movimento ser capitaneado por uma minoria que poderíamos considerar elite, é natural que a sociedade seja conduzida mais diretamente por uma elite, pois ela é usualmente composta por pessoas que, sejam por quais razões o foram, estão melhor posicionadas numa ordem social, intelectual, econômica e política.

Assim o é em todos os lugares em geral, como sugere a teoria das elites, desenvolvida essencialmente por Gaetano Mosca e Vilfredo Pareto. Para estes autores, como aponta Reinaldo Dias, a elite é definida como “uma minoria que detém o poder em suas diversas formas, diante de uma maioria que não o tem”, é dizer, elite não é um adjetivo qualitativo, mas sim descritivo.

A elite, para a teoria das elites de Mosca e Pareto é apenas a minoria que detém o poder e não que o utiliza de forma boa ou positiva.²¹⁹

O exame de sua trajetória, contudo, sugere que a Lei de Ficha Limpa e seus postulados foram objetos de um diálogo constitucional, é dizer, seus elementos substantivos materializados nas inelegibilidades instituídas, foram discutidos nos fóruns sociais e institucionais. A dialética travada com os questionamentos, críticas, contraposições, dissenso e divergências, ocorreu.

Diferentes perspectivas foram ouvidas e debatidas, tendo o dissenso, próprio de um diálogo dessa natureza e magnitude, sido resolvido por um consenso possível quanto ao que enfrentado.

No próximo capítulo argumentaremos com base nos elementos teóricos vistos no Capítulo 1 e nos elementos históricos registrados neste Capítulo 2, que a Ficha Limpa foi objeto de um diálogo constitucional válido/legítimo, que observadas as rodadas e etapas procedimentais próprias deste diálogo, ganhou autoridade constitucional para promover mudanças e flexibilizar direitos fundamentais antes tidos como absolutos, em nome do povo.

²¹⁹ DIAS, Reinaldo. **Ciência política**. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2010.

CAPÍTULO 3 - A RUPTURA, A NOVA ORDEM E O VELHO NOVO PARADIGMA

“Nada é tão forte quanto uma ideia cujo tempo chegou.”
Victor Hugo

Estabelecidas noções teóricas e identificados os critérios apontados por Ackerman como aferidores de um exitoso momento constitucional, bem como vistos os requisitos dos planos de mobilização popular que precisam ser preenchidos para que se possa atribuir uma norma à verdadeira vontade do povo, o capítulo 3 é um capítulo de abordagem analítica, na medida em que pretende interpretar as decisões proferidas pelo Supremo no capítulo 2, à luz da literatura abordada no capítulo 1, para examinar se as hipóteses iniciais poderiam ser ditas confirmadas.

Além disso, enfrentaremos aquelas que entendemos ser as críticas mais frequentemente relacionadas à Lei da Ficha Limpa para sustentar que a Lei da Ficha Limpa revigorou a democracia brasileira e representava, tanto quanto se poderia dizer, uma autêntica vontade do povo brasileiro em alterar o sentido constitucional conferido até então ao princípio de inocência ou não culpabilidade, para obstaculizar essa presunção em nível absoluto no caso de cidadãos que pretendessem ser mais do que apenas cidadãos.

3.1 A velha nova ordem

Tão certo como certos momentos e incidentes atraem para si a atenção representativa de alguma ideia, a exemplo de uma ruptura constitucional, é certo que mudanças dessa natureza não acontecem num lampejo, como se resultado da inserção de dados objetivos numa equação ou de uma reação química instantânea decorrente da combinação de certos agentes e ingredientes políticos.

Percepções e compreensões diferentes de realidades históricas são lastreadas por valores arraigados e regados em ideias plantadas em momentos de descontentamento da sociedade. Algumas ideias persistem às provas da seleção natural, outras não.

Propostas de mudanças ou criações de normas constitucionais precisam de tempo para desenvolver-se e muitas nunca logram êxito frente às adversidades dos obstáculos procedimentais e institucionais do conservadorismo próprio das democracias constitucionais.²²⁰

Alternativas são consideradas sempre que o plano traçado não espelha aquilo que ansiado e refletem, em grande parte, desenhos ou flashes vislumbrados, de respostas aos problemas e dificuldades enfrentadas no passado, ou mesmo no presente.

Ao associar os direitos fundamentais ao processo argumentativo público, Ackerman se volta contra teorias contratualistas que derivam os direitos básicos dos indivíduos de um contrato hipotético. Configurar o contrato como o vínculo central que une os indivíduos é transformar, segundo Ackerman, a cidadania em algo que pode ser adquirido subitamente, sem qualquer vinculação com a história e, portanto, com a cultura política compartilhada em uma comunidade. Se, ao contrário, é o diálogo o laço central que une a todos, a cidadania não pode estar senão enraizada nas idéias fundamentais da própria comunidade política. É precisamente por isso que *‘os direitos só adquirem realidade após as pessoas se confrontarem com o fato da escassez e começarem a argumentar acerca de suas consequências normativas’*.²²¹

É certo que a Lei da Ficha Limpa não representa um meteoro desgovernado que se chocou contra a democracia brasileira, cujo impacto tenha sido tão drástico que tenha varrido tudo o que existia, principiando um novo ordenamento constitucional; uma nova era; um novo caderno passado a limpo, livre dos velhos hábitos e práticas de antes e do agora.

Também é forçoso observar que em comparação aos momentos constitucionais apontados por Ackerman como a Guerra Civil americana, o *New Deal* e a luta pela igualdade dos direitos civis e a questão racial nos Estados Unidos, a Ficha Limpa, enquanto momento constitucional, foi muito menos dramático ou expressivo. Entretanto, o dualismo não sustenta que momentos constitucionais tenham que ser dramáticos ou sanguinolentos, mas apenas que eles precisam superar procedimentos complexos para que uma norma constitucional criada em nome do povo possa ser institucionalizada e formalizada no ordenamento jurídico.²²²

Acreditamos que a dramaticidade de momentos constitucionais facilita a identificação desses episódios, pois essa dramaticidade geralmente está ligada ao número de pessoas envolvidas e acontecimentos críticos, de grande embate e conflitos. Isso é inegável. Entretanto, à medida em que as sociedades e as democracias avançam, parece-nos natural que novos

²²⁰ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

²²¹ Ibidem, p. xvi.

²²² ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

avanços se deem de forma mais civilizada, afinal a caneta tem gradativamente substituído a espada ao longo da história das conquistas constitucionais.

Parece-nos que a essência dos direitos fundamentais, ou aqueles que ao longo da coexistência civil humana se revelaram como mais agudos e sensíveis, já foram consolidados na grande maioria das democracias ocidentais, Brasil incluso, de tal modo a sugerir que eles estão a salvo de qualquer medida mais absurda, justamente pelo longo caminho procedimental que normas constitucionais, em especial direitos fundamentais, precisam superar no caminho da proposição, deliberação e instituição.

Mudanças na compreensão dos direitos fundamentais não acontecem no afã das paixões populares, mesmo quando representativas da maioria, senão por outras razões, pelo fato de que os procedimentos forçam que as propostas de mudança enfrentem o teste do tempo, pois diálogos constitucionais aptos a provocar mudanças têm como denominador comum o fator temporal, isto é, mudanças são discutidas ao longo de um certo tempo e nunca são tomadas por impulso. O tempo dificulta implementações de mudanças sensíveis e estruturais movidas por paixões quando há interação entre a legitimidade e diálogo institucional com a sociedade.²²³

Em nosso juízo, contudo, isso não tira a importância de eventuais rupturas ou atribuição de novos significados constitucionais que eventualmente sejam menos grandiosos, sobretudo porque o objeto de mudança de direitos é menos importante ou grandioso do que a conquista desses mesmos direitos.

Argumentaremos neste capítulo que a nova ordem instituída com a Ficha Limpa pretende espelhar um velho novo paradigma, no sentido de que o novo paradigma, aquele em que o ordenamento constitucional desconfia dos representantes do povo ao invés de confiar, contrariando a idéia de que um representante gozaria da confiança de seu representado simplesmente pelo fato da escolha ter sido livre, já é conhecido muito antes da qualquer movimentação política conexa com a Ficha Limpa.

Pensamos, contudo, que determinadas ideias, anseios, reflexões, questionamentos, cobranças e oportunidades, tenham se desenvolvido num dado lapso temporal histórico, tal

²²³ BENVINDO, Juliano Zaiden. *Seeds of change: popular protests as constitutional moments*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2661853>. Acesso em 28 mar. 2016.

como tantos outros, mas que, quase como se por mero acaso ou obra do destino, apartou-se para ser representativo de um novo tempo, uma nova ordem.

A democracia pode ser essencialmente compreendida como um jogo de maiorias e minorias. A maior-minoria-melhor-politicamente-organizada, ainda que muito marginal, decide, em nome de todos e com o consentimento de todos, os caminhos que todos devem seguir em direção a um maior benefício coletivo daquilo que coletivamente produzido pela sociedade, dentro de limites já estabelecidos – observados os direitos fundamentais conquistados - por todos em anterior momento de grande deliberação coletiva.

Propostas de mudanças relevantes, com maiores repercussões ou com desdobramentos e consequências mais sensíveis ou mais dramáticos são e devem ser, ao longo do caminho, objeto de escrutínio e exame metódico, que em grande parte não resistirão às adversidades críticas dos conservadores e dos que pensam contrário dentro do caminho procedimental que toda norma constitucional deve seguir antes de ser formalizada e instituída.²²⁴

Todas as vezes em que ideias ou propostas ganham densidade para ser levadas a sério, do ponto de vista do direito constitucional, os holofotes se viram para elas, clareando, porque investigadas por grupos de interesses contrários, todas as imperfeições e todos os eventuais percalços ou dificuldades possivelmente previstas.²²⁵

Na maioria das vezes, propostas de mudanças encontram nos questionamentos das etapas e das instâncias próprias de deliberação e do debate constitucional, barreiras e obstáculos insuperáveis, que fazem com que os movimentos sejam dispersos e dissipados após discussões mais amplas e profundas.

Porém, acolhemos as proposições do dualismo e temos como perfeitamente razoável que, em raros momentos - tempos constitucionais -, o povo se agite e após as sabatinas oficiais e institucionais dos procedimentos deliberativos, após intensos debates, dê novos rumos ao caminho que todos seguem conjuntamente enquanto coletividade que precisa viver junto e por isso, precisa melhor gerir e administrar aquilo que é de todos e comum a todos.

²²⁴ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

²²⁵ Ibidem.

Percorridos alguns *check points* adentro do diálogo constitucional, as instituições, naquilo que refletem ou deveriam refletir os valores da sociedade, reconhecem que tal posicionamento ou compreensão não mais corresponde com o que esperado em termos de percepção dos direitos fundamentais, ou até mesmo, aquilo que defensável do ponto de vista do discurso e da narrativa profissional/oficial. Surgem aí, as mudanças.

Dito até aqui que a Ficha Limpa causou e foi fruto de uma ruptura constitucional, nos cabe justificar esta posição e abordar a dita ruptura e a tal nova ordem em meio ao velho novo paradigma.

Além disso, nos propomos neste capítulo a examinar o papel do povo no processo de criação, deliberação e formalização da Lei da Ficha Limpa, fazendo uma inferência que por ora nos parece razoável, mas ainda sub-explorada neste trabalho, com o intuito de suscitar outra discussão, quiçá abordada em um momento posterior. Ela é que embora não haja hierarquia constitucional entre os usuais protagonistas do diálogo constitucional - Parlamento e Corte constitucional -, nos momentos constitucionais em que o povo surge como *player* no diálogo, suas decisões são dotadas de uma espécie de supraconstitucionalidade que as alça a uma patente teórica constitucional superior em comparação àquelas provenientes da Corte e do Parlamento. Todo o poder emana do povo.

Mas antes de falarmos sobre a ruptura, parece-nos relevante pousar nossas hipóteses dentro de algumas premissas histórico-jurídicas que queremos acordar com o leitor, inclusive para preparar a base para a discussão sugerida - supraconstitucionalidade.

A primeira delas é que, ainda que assim não o seja em todo Estado Democrático de Direito, na república democrática brasileira, todo o poder emana do povo, como textualmente expresso no parágrafo único do art. 1º, da Constituição.

Naturalmente, esse poder é o poder político. Aquele poder entendido como a capacidade-possibilidade de conduzir politicamente o país, tomando as decisões importantes. Isso compreende a organização, a gestão e a administração do Estado, da *res pública* e das instituições.²²⁶

Isso implica reconhecer que, assim como já aconteceu antes em nossa história, tal como na de outros países, quando o povo se reúne com a intenção de, ele – povo - pode revogar

²²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

inteiramente uma constituição e adotar uma nova, com novos princípios, novas instituições e novas matizes ideológicas. Por isso acolhemos a doutrina do dualismo.

Ao citar Bradley, Thayer e Dahl, Hubner menciona “a oportunidade de errar, de aprender com o erro sem interferência de um agente externo” como característica central do autogoverno. “O que se deve evitar [...] é o paternalismo político, a supressão da autonomia e a presunção de que há indivíduos menos competentes que outros para participarem das decisões coletivas”.²²⁷

Bonavides destaca que,

[...] traço essencial que deriva da existência do poder estatal é a sua capacidade de auto-organização. O caráter estatal de uma organização social decorre precisamente da circunstância de proceder de um direito próprio, de uma faculdade autodeterminativa, de uma autonomia constitucional o poder que essa organização exerce sobre seus componentes.²²⁸

Quem pode mais, pode menos. Se o povo pode revogar totalmente uma Constituição, ele pode romper, flexibilizar ou atribuir novos significados a valores ou princípios ainda que noutrora esses valores, ideais e princípios pudessem estar alçados ao grau máximo de observância ou prevalência dentro do ordenamento jurídico e do espírito ou consciente coletivo.

A democracia constitucional apenas impõe, nessas ocasiões, uma íngreme ladeira procedimental com o intuito de ponderar possíveis consequências e desdobramentos na mudança da rota política previamente estabelecida e considerar alternativas possivelmente melhores àquelas inicialmente propostas, freando ímpetos e elastecendo o debate ao longo de um tempo mínimo necessário para discussão e reflexão mais profundas, o que muitas vezes quer dizer deixar as coisas como estão.

Assentamos, pois, antes de examinarmos a ruptura que acreditamos ter ocorrido, que é possível romper com princípios e valores antes alçados à ordem de direitos e garantias fundamentais absolutas ou atribuir-lhes novo sentido constitucional, mas que apenas quem pode fazer isso é o povo. Não o Parlamento, nem a Corte. A essas instituições cabe apenas reconhecer (ou não) que o povo mudou.

²²⁷ HÜBNER, Conrado Mendes. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Disponível em: <pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>. Acesso em 21 jan. 2016.

²²⁸ BONAVIDES, Paulo. Op.cit., p. 117.

3.2 Sobre rupturas

Mudanças programáticas agudas acontecem, já aconteceram antes e continuarão acontecendo, dada a transitoriedade própria do direito e das relações sociais que o direito busca disciplinar, nesse sentido, a história do Direito tem sido fortemente influenciada por um diálogo perene de continuidade e descontinuidade²²⁹. Mas pensamos que essas mudanças devem ser sinalizadas ou impulsionadas pelo povo.

Uma segunda premissa que utilizamos é que entre 1964 e 1985 o Brasil vivenciou um regime de governo autoritário e a Constituição de 1988 veio com a esperança de se instituir a democracia e direitos e garantias individuais, políticas e coletivas, que, ponderadas com profundidade, amplitude e poder de decisão, pareciam fundamentais.

Aqueles não alinhados com os militares foram reprimidos e perseguidos pelo regime autoritário com forte intervenção do Estado na vida privada e na esfera individual, especialmente por meio de processos criminais controlados pela ditadura e condenações fabricadas em procedimentos conduzidos de maneira parcial por militares que viam naqueles que discordavam do regime, uma ameaça ao controle de poder.

Nesse contexto, só existiam militares e civis; quem não era militar, era civil e vice-versa. Derrubado o regime militar e instaurada a democracia tal qual conhecemos hoje, deixou de existir a bipolaridade entre militares e civis na condução política do país e desde 1988, todas as eleições representativas se passaram sem intervenção militar, equiparando todos brasileiros à condição de cidadãos, fossem civis ou militares. Por isso fazia sentido que, promulgada a Constituição, se garantisse uma ampla participação política de todos os cidadãos até o trânsito em julgado, pois naquele momento histórico isso era necessário para consolidar o regime democrático e oxigená-lo, bem como enfrentar as amarras do regime autoritário.

A nova democracia representativa brasileira deu vez aos conhecidos sujeitos da democracia representativa. “Cidadãos do povo” são aqueles cidadãos que exercem seus direitos políticos somente através do voto que sufragam nas urnas. São meramente “eleitores”. Já “cidadãos-representantes-do-povo” são aqueles que além de votarem em representantes, podem

²²⁹ RIBEIRO, Fernando Armando. **Direito, continuidade e ruptura**. Disponível em: < <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/309> >. Acesso em 21 jan. 2016.

ser votados para representar outros cidadãos, podem ser “eleitos”. “Eleitores” e “eleitos” têm aptidões práticas e capacidades distintas no plano da vida real.

No âmbito da política, ‘eleitos’ podem fazer coisas, gerir recursos, tomar decisões, utilizar recursos públicos, criar leis etc que os ‘eleitores’ não podem. Aos ‘eleitos’ é possível distribuir bens sociais que não podem ser partilhados pelos meros ‘eleitores’. Estamos falando de bens como dinheiro, reconhecimento, prestígio, cargos, poder político e imunidades.

Considerando que o eleitor não pode (nem deve) obter vantagens pecuniárias por votar livremente conforme sua consciência e vontade própria, este bem social – dinheiro -, no âmbito das eleições, não está a seu alcance, de modo que, por disputar e vencer o jogo das eleições que disputa, e portanto, eleger seu candidato, não receberá qualquer quota parte financeira.

Noutro lado, a investidura em um cargo público político eletivo implica, necessariamente, em remuneração e contraprestação pelo exercício da posição pública, logo, na distribuição de bens financeiros inerentes e decorrentes do jogo eleitoral, ao ‘eleito’ será dado à quota parte pecuniária pela vitória eleitoral, materializada em remuneração lícita pelo exercício do cargo ao qual foi eleito.

O reconhecimento, entendido como o prestígio e o sentimento de distinção entre antigos pares, que acompanha a investidura de um cargo público eletivo, tal como vereador, prefeito, deputado, senador ou presidente, só existe para aqueles que podem ser eleitos.

A mesma sorte seguem os ‘cargos’, que somente serão distribuídos entre os eleitos, não havendo qualquer assunção em ‘cargos’ pelo simples ato de votar. Aquele que é eleito governador, assume o cargo de governador, ao passo que aquele que elege o governador de sua escolha ou preferência, não assume qualquer cargo em virtude disto.

Ao ‘eleitor’, aplica-se um princípio importado dos Estados Unidos, fruto do também emprestado sistema constitucional presidencialista norte-americano, segundo o qual, cada homem vale um voto: *one man, one vote*. A igualdade entre todos os eleitores, traduzida no mesmo valor a que se atribui a cada manifestação de vontade expressa nas urnas, permite concluir que, no âmbito político eleitoral, o reconhecimento não está ao alcance do ‘eleitor’, mas tão somente ao do ‘eleito’.

O poder político decorrente do resultado das eleições também não será distribuído entre aqueles que votaram, mas apenas entre aqueles que foram votados e que, então, poderiam

vencer. Os ‘eleitos’, no exercício de suas funções públicas, independentes de vínculos senão os político-ideários, interferem direta na elaboração das leis, na gestão da coisa pública, no orçamento público, na direção dos investimentos públicos, entre outras decisões que tomam rotineiramente em decorrência de sua função pública representativa.

Outra diferença entre ‘cidadãos do povo’ e ‘cidadãos representantes do povo’ são as imunidades e proteções diferenciadas reservadas àqueles que, por escolha dos demais, encarnam o Estado e assumem de fato, diretamente, as rédeas da condução política do país.

A dinâmica da nova democracia representativa entre ‘cidadãos do povo’ e ‘cidadãos representantes do povo’ proporcionada pela Constituição de 1988 apresentou à sociedade brasileira novos desafios, entre os quais, aquele que se mostra mais atinente ao presente estudo, a corrupção eleitoral.

Um efeito colateral da presunção absoluta de não-culpabilidade dos “cidadãos representantes do povo” foi que ela passou a ser utilizada como forma de proteção para esses cidadãos ocupantes de cargos políticos que tinham condenações decorrentes de atos de improbidade administrativa e outros crimes incompatíveis com a moralidade e a probidade necessária para o exercício de qualquer cargo público, portanto, por pessoas que haviam sido reprovadas no exercício de funções públicas, fomentando, em certa forma, a corrupção eleitoral.

Um contingente de candidatos com condenações por improbidade administrativa e outros crimes em diferentes instâncias, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, eram considerados, para fins políticos e eleitorais, inocentes e elegíveis para disputar as eleições e exercer os cargos para os quais eventualmente fossem eleitos, valendo-se de imunidades, prerrogativas e da morosidade do sistema judiciário, a despeito de uma vida privada maculada por condenações em absoluto prejuízo da sociedade e da coisa pública.

Em 1994, uma emenda constitucional de revisão, Emenda nº. 4, alterou a redação original do §9º, do art. 14, do Texto Magno para acrescentar expressões voltadas a

proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

A inserção do novo texto reforçou a probidade administrativa e a moralidade como valores necessários para o exercício de mandato eletivo, mas no entendimento do Supremo

Tribunal Federal na ADPF 144, não trouxe mecanismos jurídicos que permitiam inviabilizar o exercício do mandato com base na vida pregressa do representante, sem que contra ele houvesse sentença condenatória transitada em julgado, pois o povo, em momento de extraordinário envolvimento político, resolvera que a presunção de não-culpabilidade era um direito fundamental invergável, cuja observância deveria ser absoluta.

O descontentamento com a decisão do STF catalisou um maior envolvimento e engajamento da população com a Ficha Limpa, estimulando um debate mais profundo e qualificado sobre o tema, pois a Constituição estipula um quociente eleitoral para que a vontade de algum grupo ou maioria possa passar por um processo de deliberação legislativa. Isso por si só é positivo, pois pensamos que o envolvimento e engajamento político de uma comunidade com relação a qualquer tema que o seja, revigora a democracia.

Talvez em 2008, não fosse possível afirmar que o povo tivesse mudado de idéia sobre a presunção absoluta de inocência, mesmo no processo eleitoral. Porém, os caminhos institucionais e as rodadas procedimentais previstas na Constituição brasileira para um diálogo constitucional amplo, profundo e com poder de decisão foram percorridos após a primeira decisão do STF na ADPF 144.

Dados levantados pela organização não-governamental Transparência Brasil no projeto ‘Excelências’, dão conta de que em 2008, dos 513 deputados federais, 163 deles (32%) tinham ocorrências na Justiça ou em Tribunais de Contas. No Senado, um número próximo disso, com 30 dos 81 senadores com processos em Tribunais de Justiça ou de Contas. Entre os deputados estaduais das 27 casas legislativas, em 15 delas, ao menos 1/3 (um terço) dos deputados também respondiam ações em Cortes de Justiça ou de Contas.²³⁰

Embora a organização não tenha divulgado dados relativos aos ocupantes de cargos majoritários e de vereadores, o resultado muito próximo em todas as Casas legislativas, na casa dos 30%, sugere que essa média também poderia ser estimada para esses agentes políticos do Poder Executivo.

Outros levantamentos da Organização em 2010 revelaram que 193 políticos com contas julgadas irregulares pelos Tribunais de Contas se apresentaram como candidatos para concorrer

²³⁰ TRANSPARÊNCIA BRASIL. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/>>

àquelas eleições²³¹. Em 2013, constatou que a cada dez congressistas, mais de três já haviam sido condenados pelos Tribunais de Justiça ou de Contas.²³²

Em 2014, o ‘Projeto Excelências’ constatou que entre os Tribunais de Contas, 62% dos conselheiros eram ex-políticos profissionais, 20% sofriam processos na Justiça e 17% eram parentes ou familiares de políticos locais.

A mesma organização apurou que entre cada 10 candidatos aos governos estaduais nas eleições de 2014, 4 respondiam a processos na Justiça e 28% deles, já tinham condenação. A mesma pesquisa revelou, ainda, que entre os partidos políticos de maior projeção no cenário nacional a incidência era ainda maior. A título ilustrativo, entre os candidatos do PT, 59% respondiam a processos; entre os do PMDB, 78%; e entre o PSDB, 42%²³³, sendo que processos por improbidade administrativa era a pendência judicial mais frequente²³⁴.

Em relatório intitulado ‘Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJB’, a Fundação Getúlio Vargas – FGV, apontou que no primeiro trimestre de 2014, a confiança do povo nos partidos políticos era de 7%, a confiança no Congresso Nacional era de 18% e a confiança no Governo Federal era de 29%.²³⁵

Em novembro de 2015, o Instituto de Pesquisas Data Folha divulgou pesquisa segundo à qual a corrupção era vista pelos brasileiros como o pior problema do país.²³⁶

A *Transparency International*, ONG internacional de combate à corrupção, em seu relatório chamado *Corruption Perception Index* para o ano de 2015, em que a organização avaliou 168 países, sendo 1 o melhor e 168 o pior, com nota mínima 0 e nota máxima 100, o

²³¹ ANGELICO, Fabiano. **Justiça Eleitoral autoriza candidatura de 93 políticos com contas julgadas irregulares por Tribunais de Contas** (2010). Disponível em: <<http://www.excelencias.org.br/docs/TCsCand.pdf>>. Acesso em 8 jan. 2016.

²³² EXCELENCIAS TRANSPARÊNCIA BRASIL. Disponível em: <<http://www.excelencias.org.br/docs/condenados.pdf>>. Acesso em 22 dez. 2015.

²³³ PAIVA, Natalia, SAKAI Juliana, SCHOENSTER Lauren. **Quatro em cada dez candidatos a governador têm ocorrências na Justiça ou nos Tribunais de Contas** (2013). Disponível em: <http://www.excelencias.org.br/docs/Governadores_processados_X.pdf>. Acesso em 8 jan. 2016.

²³⁴ PAIVA Natalia, SAKAI Juliana. **Quem são os conselheiros dos Tribunais de Contas** (2014). Disponível em: <http://www.excelencias.org.br/docs/tribunais_de_contas.pdf>. Acesso em 22 dez. 2015.

²³⁵ FGV. Confiança nas Instituições. Disponível em: <<http://portal.fgv.br/temas-dos-periodicos/estado-direito>>. FGV DIREITO SP. Relatório ICJ. 1º Trimestre / 2014 – 4º Trimestre / 2014: Ano 06. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14089/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%20-%20ano%206.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 14 jan. 2016.

²³⁶ DATA FOLHA. **Avaliação da Presidente Dilma Rousseff**. PO813824. 25 e 26/11/2015. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2015/11/30/avaliacao_dilma.pdf>. Acesso em 01 fev. 2016.

Brasil ocupou a 76ª colocação com nota de 38, o que o qualificou, na visão da organização, como um país em que a corrupção é um problema sério.²³⁷

Esses números reforçam o “novo paradigma” da desconfiança política das autoridades representativas. Diz-se um novo paradigma porque contrapõe-se àquele tratado por Hegel em sua tese ‘Filosofia do direito’, que sustentava a confiança nos representados.²³⁸

Bobbio cita Hegel para observar que este acreditava que a relação entre eleitor e representante seria de confiança. É a mudança deste paradigma que acreditamos ter ocorrido em decorrência da experiência histórico-política brasileira. É dizer, no laço de experiência histórica que une os cidadãos brasileiros, compartilha-se o sentimento de que os eleitores devem desconfiar dos representantes do povo e que corrupção eleitoral é um problema sério.

Parece-nos que o que o povo quis sinalizar com a Ficha Limpa é que o fato de escolherem livremente os representantes não significa que estes gozem de sua confiança, mas apenas que essas são as regras do jogo. Votar em representantes, mais do que apoio a um candidato em si, representa apoio ao regime democrático e as instituições²³⁹. Os números da pesquisa ‘Excelências’ e os dados da *Transparency International* e da FGV sugerem que o novo paradigma – o da desconfiança dos representantes – foi causado pela experiência de decepção do povo com seus representantes.

O povo buscou se proteger, portanto proteger a todos, desconfiando do indivíduo que se revelara faltoso em sua vida pública. Pensamos que não se tratou de fazer um pré-julgamento de um indivíduo, mas apenas de, com base na experiência pública do cidadão que extrapolou a condição de mero do povo, elevar o critério de rigor com ao que se espera de que alguém que receberá uma maior cota parte daquilo que coletivamente produzido, com o exclusivo intuito de melhor gerir e administrar os interesses públicos.

Anotações históricas de Victor Nunes Leal sobre o início da política e do regime representativo no Brasil remontam a desconfiança nos políticos ao início da república, na época daquilo que denominou ‘coronelismo’, um fenômeno representativo de um modelo em que os

²³⁷ TRANSPARENCY INTERNACIONAL. **Relatório Corruption Perception Index 2015**. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2015>>. Acesso em 12 jan. 2016.

²³⁸ HEGEL *apud* BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campos, 2000.

²³⁹ MOISÉS, José Álvaro. CARNEIRO, Gabriela Piquet. **Democracia, desconfiança política e insatisfação com o regime - o caso do Brasil**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/op/v14n1/01.pdf>>. Acesso em 21 jan. 2016.

coronéis, que eram quem representava a força política nos municípios brasileiros, exerciam coerção política sobre os demais cidadãos, sem que estes pudessem expressar suas vontades genuínas.²⁴⁰

Outra grande crítica, que remonta ao início da história política no Brasil e que pensamos ter colaborado para a incorporação do sentimento segundo o qual não se deveria confiar nos políticos é feita por Oliveira Vianna em sua “Instituições políticas brasileiras” donde se colhe que as leis e a legislação elaborada no Brasil não levavam em conta a realidade e as peculiaridades do país e de nossa cultura. A importação de normas e modelos para uma democracia feita “para Inglês ver” fatalmente sucumbia à realidade e cultura tupiniquim e sugere que historicamente a desconfiança nos políticos foi também cultivada através da elaboração de leis que não casam com a realidade e que não representam os genuínos interesses públicos.²⁴¹

Desconfiança do povo nos políticos brasileiros também pode ser extraída da pesquisa de Raymundo Faoro, da qual se conclui que desde seu descobrimento e a fundação do Estado brasileiro, o país sempre esteve à disposição das maiores forças políticas, como se um grande parceiro comercial desses indivíduos e seus grupos.²⁴²

São esses capítulos da história que autorizam a conclusão de que o povo brasileiro já nutria uma certa desconfiança nos políticos representantes do povo muito antes de 1988. A desconfiança nos políticos democraticamente eleitos advém da observância de práticas e costumes conhecidos de regimes antidemocráticos que antecederam a Constituição de 1988.²⁴³

José Álvaro Moisés, em trabalho sobre as bases sócio-políticas da democracia brasileira aponta três motivos que nos parecem bem compreender as raízes desse sentimento. Em sua opinião, na mudança de regime a nova democracia não resolveu 1) “desequilíbrios do sistema proporcional”, 2) foram mantidas uma série de prerrogativas e imunidades que estimulam “condutas anti-sistêmicas” e 3) confundiu-se liberdade com permissividade política.²⁴⁴

²⁴⁰ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Scwarcz, 2012.

²⁴¹ VIANNA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. 2º volume. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

²⁴² FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patrimônio político brasileiro. 10. ed. São Paulo: Globo, 1996.

²⁴³ MOISÉS, José Álvaro. **Os brasileiros e a democracia**: bases sócio-políticas da legitimidade democrática. São Paulo: Ática, 1995.

²⁴⁴ MOISÉS, José Álvaro. **Os brasileiros e a democracia**: bases sócio-políticas da legitimidade democrática. São Paulo: Ática, 1995.

O quadro de desconfiança é agravado também pelo mau funcionamento de instituições públicas e políticas e má performance política dos representantes do povo, pondo em cheque a própria legitimidade política deles²⁴⁵. Contudo, a despeito da desconfiança dos brasileiros nas instituições públicas e da insatisfação com o desempenho do regime democrático, o apoio à democracia em si é maciço e ela – *democracia* - poderia ser considerada “*the only game in town*”²⁴⁶.

Esse contexto histórico aliado à interpretação da Constituição de 1988, feita pelo Supremo Tribunal Federal em 2008, combinados, reagiram no sentido de forçar um diálogo mais amplo, mais profundo e com poder de decisão, quando a interpretação da Corte não encontrou na população brasileira um eco de concordância com o entendimento do STF quanto à presunção de inocência no contexto político-eleitoral, tanto que atingiu-se um *quórum* mínimo estipulado pela Constituição Federal de 1988, como necessário para que a vontade de um grupo fosse levada à exame pelo Parlamento em sentido oposto ao que definido pelo Supremo, com predicado de iniciativa popular.

Aquela foi a primeira vez na história do Brasil pós-Constituição de 1988, em que houve sinalização derivada de iniciativa popular com o desejo de romper com a leitura do Supremo Tribunal Federal da Constituição e flexibilizar um direito fundamental, dando novos rumos à condução política do Brasil.

Quanto ao termo ruptura, queremos dizer que ele significa quebrar, partir com um posicionamento de ordem política-constitucional, na medida em que mudou o paradigma na forma como selecionamos nossos representantes que são eleitos em eleições universais, livres, justas e periódicas. Também podemos dizer que a Ficha Limpa rompeu com a idéia de presunção absoluta de não culpabilidade.

Pensamos que rupturas constitucionais não necessariamente tenham que ser revolucionárias ou integrais, no sentido de contrárias a todo o ordenamento. Bem verdade que toda revolução é uma ruptura, mas nem toda ruptura é ou precisa ser uma revolução.

²⁴⁵ Pensamos que ao se referir a legitimidade política, o autor quis dizer legitimidade política entendida como equilíbrio entre a demanda dos cidadãos e a capacidade de atendimento dessas demandas pelo governo.

²⁴⁶ BONIFÁCIO, Robert. **José Roberto Moisés (org) – Democracia e confiança: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n7/a16n7.pdf>>. Acesso em 16. jan. 2016.

Neste trabalho, utilizamos o termo ruptura com o intuito de significar uma descontinuidade na forma como uma questão de natureza eminentemente constitucional era compreendida. Nesses termos, a Lei da Ficha Limpa foi a primeira lei de iniciativa popular pós-Constituição de 1988 com aptidão jurídico-constitucional para flexibilizar um direito fundamental outrora tido como absoluto, com máxima observância e prevalência no ordenamento jurídico, dando-lhe novo sentido.

3.3 Um sentimento constitucional

A iniciativa do movimento Ficha Limpa materializou a legitimidade constitucional do povo em resposta e contrassenso ao que afirmado pela Corte Constitucional brasileira, na ADPF 144, ao dar a última interpretação acerca da presunção absoluta de não-culpabilidade, um direito conquistado no passado, mas que, por causa da experiência política brasileira pré e pós-Constituição de 1988, deixou de ser considerado pelo povo, como direito fundamental absoluto.

O movimento visava a combater a corrupção eleitoral propondo uma mudança legislativa que alterava a ordem constitucional eleitoral e flexibilizava o princípio da não-culpabilidade; direito e garantia fundamental, textualmente previsto no art. 5º, LVII, da Constituição, que o Supremo Tribunal Federal disse ser absoluto e representativo de uma conquista muito importante do passado, no julgamento da ADPF 144.

Para o movimento, a presunção absoluta de não-culpabilidade aplicada no contexto dos direitos políticos estava na contramão da essência dos princípios e valores que deveriam governar um mandato eletivo e reger a vida política, tais como republicanismo, moralidade e probidade administrativa, já que esses valores seriam de maior interesse público do que resguardar a presunção de quem o Poder Judiciário já havia considerado culpado, mesmo que sumariamente.

A posição do Supremo fez com que o movimento Ficha Limpa ganhasse força, mobilizando os cidadãos do povo e arrecadando cerca de 1,6 milhão de assinaturas com o objetivo de, legislativamente – como manda a Carta Federal – levar à apreciação dos representantes do povo, em nome do povo, projeto de lei que propunha flexibilizar a presunção de não-culpabilidade, atribuindo-lhe novo sentido constitucional, estabelecendo que, no campo dos direitos políticos, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato eram mais importantes do que a presunção de não-culpabilidade.

A coleta de assinaturas suficientes para que fosse elaborado um projeto de lei por iniciativa popular, deslocou o debate para o Parlamento, a instância deliberativa mais característica da democracia representativa.

Durante a fase inicial, o movimento ganha autoridade constitucional para garantir que a reforma, ao contrário das frações ideológicas incontáveis que competem na política usual, seja colocada à disposição da apreciação pública.

Esse fato nos leva a uma segunda fase do processo: a proposta. Nesse momento, o processo de criação da norma constitucional apóia o movimento para centralizar o seu conteúdo em uma série de propostas operacionais para a reforma constitucional.

Enquanto esse processo amadurece, o cenário se prepara para a terceira fase: a deliberação popular mobilizada. Nesse momento, as propostas transformadoras do movimento são testadas diversas vezes dentro do processo constitucional. O resultado pode ser bastante decepcionante para os ativistas do movimento: o sucesso do movimento na fase inicial pode apenas catalisar um ‘contra-ataque’ poderoso, no qual uma maioria à primeira vista silenciosa organiza-se em uma defesa cheia de energia das prerrogativas constitucionais tradicionais. Nesse caso, o resultado será um **momento constitucional fracassado**, no qual o processo de criação da norma constitucional rejeita as pretensões do movimento e devolve aos seus protagonistas os triunfos e derrotas mais comuns da política usual.

Se, no entanto, o movimento emergir do seu período de julgamento institucional com uma base de apoio mais sólida e ampla, o processo de criação da lei maior avança para sua fase final: a formalização.²⁴⁷ (grifo nosso)

Pensamos ser apropriado dizer, com base nos parâmetros teóricos estabelecidos por Müller e Kelsen sobre o povo e representação de sua vontade, que a Ficha Limpa representou a vontade do povo e foi uma vitória do povo, porque é possível invocar todos os conceitos operacionais vistos para legitimar as mudanças instituídas com a nova lei em nome do povo após deliberação e aprovação por quórum qualificado do Parlamento, constituído em eleições proporcionais justas, livres e periódicas. Por outro lado, temos que a Lei da Ficha Limpa superou todos os estágios de um momento constitucional exitoso.

O projeto de lei de iniciativa popular foi primeiro aprovado na Câmara em 05/05/2010 e no Senado Federal logo depois, em 19/05/2010, ambos por votação unânime. O então Presidente Lula sancionou a Lei Complementar nº 135/2010, popularmente chamada de Lei da Ficha Limpa.

Mesmo depois de formalizada e antes que pudesse produzir seus efeitos, a Lei foi objeto de intensas discussões no Supremo Tribunal Federal, que a colocaram sob os holofotes de um

²⁴⁷ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 371/372.

verdadeiro escrutínio constitucional, como retratado no capítulo sobre a narrativa para a Ficha Limpa que reconstituímos.

Pode-se dizer que num primeiro momento do debate, o movimento perdeu (ADPF 144), mas a derrota resultou em maior adesão de cidadãos após uma discussão mais ampla, mais profunda e que após, aprovação por quórum dos representantes do povo, teve poder de decisão suficiente para dizer que o povo brasileiro tinha revisto sua posição quanto aquele direito fundamental.

A coleta das mais de 1,6 milhão de assinaturas, portanto, pode ser considerada uma vitória importante do movimento, mas foi a aprovação unânime na Câmara dos Deputados e no Senado Federal que concedeu autoridade constitucional para dizer que o povo brasileiro tinha mudado de opinião sobre aquele direito fundamental.

Se admitirmos que o Parlamento brasileiro foi eleito em eleições proporcionais periódicas, justas e livres e que nele estão representados todos, ou ao menos os principais grupos de interesses dos cidadãos, inclusive as minorias, então somos forçados a pensar que diante da unanimidade, ainda que não fosse necessária, é razoável estabelecermos que a Lei da Ficha Limpa representava, tanto quanto se poderia dizer, uma legítima vontade do povo.

Não pensamos que apenas a reunião de 1,6 milhão de assinaturas caracterizou a vontade real do povo, tampouco nos impressionaria 5 ou 10 milhões de assinaturas, pois seria perfeitamente possível que no trâmite deliberativo, próprio do processo legislativo, após levantadas novas questões, os representantes do povo colhessem de suas realidades eleitorais e das pressões de seus grupos de interesses que a Ficha Limpa não representava a vontade de seus eleitores ou de seus representados, ou seja, era perfeitamente possível que os representantes do povo não reconhecessem as mudanças propostas pelos peticionantes como legítima vontade do povo, mas apenas dos peticionantes.

Poderia acontecer de, no processo de reflexão mais profunda provocada por críticas conservadoras, se formasse no seio da sociedade civil um outro grupo e movimento contrário ainda maior, silente num primeiro momento, mas que infirmasse a ideia de que a lei de iniciativa popular proposta junto ao Parlamento representava a vontade da sociedade brasileira.

Ou então, que os representantes do povo, durante as etapas deliberativas do processo legislativo não encontrassem eco popular nas propostas elaboradas no projeto de lei de

iniciativa popular além daqueles peticionantes e, ou a engavetasse, ou obstruísse as deliberações sobre suas propostas, ou a deliberadamente reprovasse com base no posicionamento conservador de que ela violaria o direito fundamental à participação na condução política do Estado na condição de candidato ou representante do povo, mas não foi isso o que aconteceu, pelo contrário.

Durante o processo deliberativo, foi possível alcançar, como diz Kelsen, um compromisso ou meio-termo quanto às proposições normativas para superar os procedimentos necessários para que a norma ganhasse autoridade constitucional para invocar a legitimidade da vontade do povo e pudesse produzir seus efeitos.

Examinaremos a seguir, a razoabilidade da invocação dos quatro conceitos de Müller que vimos no capítulo 1 para alicerçarmos a premissa segundo à qual as mudanças constitucionais institucionalizadas com a Ficha Limpa, além de ter sido de iniciativa popular, também poderiam ser ditas representativas da vontade do povo brasileiro.

Inicialmente, quanto ao povo ativo, uma vez que admitimos que essa categoria é composta pela totalidade de todos os eleitores, pois são esses quem têm aptidão para o exercício do poder, é possível estabelecermos que nas eleições de 2014, éramos 142.822.046 (cento e quarenta e dois milhões, oitocentos e vinte e dois mil e quarenta e seis) eleitores.²⁴⁸

Isso não significa que 1,6 milhão de assinaturas representavam os 142.822.046 de eleitores e por isso equivaleria a vontade do povo.

Primeiro, porque os 1,6 milhão de assinaturas da lei de iniciativa popular não representa o universo de apoiadores da Lei, nem precisaria. O número, como bem observado pelo Min. Gilmar Mendes representa apenas um índice de processamento para uma norma proposta por cidadãos em contraste à normas propostas por representantes dos cidadãos.

A aprovação da norma por unanimidade nas duas Casas parlamentares sugere que, fossem necessárias mais assinaturas, mais assinaturas seriam obtidas, porém, uma vez atingido o número mínimo, optou-se por dar prosseguimento ao trâmite legislativo com o intuito de que ela pudesse ser aplicada ainda para as eleições de 2010.

²⁴⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas eleitorais 2014**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2014-eleitorado>>. Acesso em 01 fev. 2016.

No que pertinente ao povo ativo, é o processo deliberativo e a aprovação da Lei nas Casas parlamentares sobre as propostas de alteração instituídas com a nova norma examinada pelos representantes do povo que conferem autoridade procedimental constitucional para dizer que a Ficha Limpa representou a vontade do povo ativo, dos eleitores.

Não pensamos que isso significa dizer que a Ficha Limpa representava a vontade dos representantes do povo e não do povo. Os representantes do povo, que são eleitoralmente responsáveis, têm seus próprios termômetros e são sensíveis quanto à vontade do eleitorado que representam e precisam agradar por uma questão de sobrevivência política.

A decisão da ADPF deu-se em 2008 e em 2010, durante o trâmite legislativo nas Casas Parlamentares, pressão popular era tamanha que nenhum Deputado, nem nenhum Senador quis assumir o ônus político de obstar uma lei de iniciativa popular destinada a moralizar o processo eleitoral.

A pressão popular sentida pelos representantes do povo não foi decorrente de passeatas, piquetes, embates ou conflitos, mas de suas próprias leituras políticas sobre o que os eleitores das eleições vindouras queriam e aprovariam ou reprovariam, nas urnas, naquele outubro eletivo. O destaque feito pelo Min. Marco Aurélio de que se opor à Lei da Ficha Limpa representaria um “suicídio político” sustenta essa hipótese.

A unanimidade na aprovação das duas Casas em tempo hábil para que a lei fosse promulgada antes do pleito de 2010, ao invés da usual obstrução na deliberação de temas muito controversos, sugere que a leitura dos Deputados e dos Senadores era de que a Lei da Ficha Limpa representava, claramente, a verdadeira vontade do povo ativo. Houvesse dúvidas por parte dos representantes do povo quanto à opinião da sociedade, a deliberação e o processo legislativo da Lei da Ficha Limpa, a exemplo de tantos outros projetos que tramitam por anos, teria se dado de forma mais lenta.

Registros dos votos dos Ministros que votaram a matéria em todos os casos examinados, mesmo os contrários à Lei, sugerem que os magistrados do STF creditavam a Lei da Ficha Limpa à vontade da sociedade, não dos 1,6 milhão de peticionantes, nem do Parlamento. Tal percepção faz sentido se imaginarmos que a Lei foi oriunda de uma iniciativa popular após decisão do STF em sentido contrário na ADPF 144 e que teve aprovação de um quórum qualificado no Parlamento.

Importante lembrar que, fora das Casas parlamentares, a Lei não encontrou opositores. Ao contrário, na medida em que o debate foi aprofundando, ele ganhou mais apoiadores, mesmo que não signatários do projeto de lei popular e esse sentimento constitucional reverberou nas Casas representativas.

Os preceitos axiológicos e normativos ofertados pela iniciativa popular fortaleceram-se no consciente coletivo como melhor alternativa do que a observância absoluta à presunção de não-culpabilidade. De igual forma, a alternativa a um filtro criado pelo o povo, para o povo e em nome do povo – Ficha Limpa - se mostrou com maior poder de decisão do que investir em educação política entre a sociedade para que o povo pudesse aprender a votar melhor.

Acreditamos que para os fins desta pesquisa, é precisamente a categoria do povo enquanto povo ativo aquela mais importante, pois é essa categoria operacional concreta e que tem aptidão para promover rupturas.

As demais categorias, quais sejam, povo enquanto instância global de atribuição de legitimidade, povo enquanto ícone e povo enquanto destinatário de prestações civilizatórias do Estado, parecem-nos mais fáceis de justificar.

Isso porque enquanto conceitos operacionais são mais facilmente manipulados. Como manipular, contudo, todos os representantes do povo, na Câmara e no Senado? O povo enquanto instância de atribuição de legitimidade e enquanto ícone são apenas abstrações invocadas pela maioria dominante para justificar e impor suas decisões sem revolta dos dominados, o povo ativo não.

Quanto ao povo enquanto destinatário das prestações, embora seja uma categoria concreta e não abstrata, também é irrelevante para a verificação da vontade do povo, porque esta categoria não é sujeito da vontade do povo, mas objeto dela.²⁴⁹

Todos esses fatores reunidos parece-nos sustentar uma conclusão segundo a qual, dentro dos procedimentos institucionais, após várias rodadas e etapas do diálogo constitucional, o povo, os representantes do povo, o STF e a Constituição reconheceram a Lei da Ficha Limpa como legítima vontade do povo.

²⁴⁹ MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

Durante três anos, 2010, 2011 e 2012 e duas eleições (2010 e 2012) o Supremo conduziu um intenso debate constitucional, examinando a evolução histórico-político-jurídica da presunção de não-culpabilidade e resolvendo os problemas normativos constitucionais, que deram plena validade à Lei da Ficha Limpa, após definir o termo inicial para sua incidência.

De forma pontual, o maior problema normativo da Ficha Limpa poderia ser visto como presunção de não culpabilidade *versus* probidade e moralidade administrativa para o exercício de mandato eletivo com base na vida pregressa.

A presunção de não-culpabilidade está inscrita no art. 5º, LVII, sob o Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos, do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. A vida pregressa, a probidade e a moralidade administrativas inscritas no art. 14, §9º, sob o Capítulo IV – Dos direitos políticos, mas sobre o mesmo Título II, da Carta Federal.

Nossa percepção sobre a solução alcançada pelo Supremo Tribunal Federal para resolver esse conflito aparente de normas é de que a Corte teria entendido que o povo mudou a chave dos sujeitos da relação jurídica instituída quando do registro de candidatura. Antes da Ficha Limpa, o acórdão da ADPF 144 sugere que a democracia brasileira enxergava a relação contrapondo ‘indivíduo (candidato) x Estado (Judiciário)’.

Na medida em que antes valorizava os direitos e garantias fundamentais no processo de registro de candidatura, parece-nos que o Supremo enxergava uma relação jurídica em que se deparavam o indivíduo, pretendo candidato e o Estado, detentor do poder de lhe negar o registro. Essa visão sugere que os direitos políticos seriam direitos que existiriam ultimamente em razão do indivíduo e que nele – indivíduo – se esgotariam.

Pensamos que para resolver o problema normativo de forma contrária nas ADC’s 29 e 30 àquilo que já dito pouco tempo atrás na ADPF 144, o Supremo Tribunal Federal alterou a chave da relação jurídica eleitoral para contemplar ‘indivíduo x coletividade’ na dinâmica do registro de candidatura, percebendo que no jogo eleitoral, o povo passou a entender que conquanto seja muito importante a acessibilidade de disputa a todos cidadãos, é ainda mais fundamental que se proteja a coletividade daqueles que a Justiça, ainda que provisoriamente, já tenha reputado como maus agentes políticos por força da ficha pública manchada por condenações em desfavor da coisa pública e do interesse público. Pensamos que essa foi a interpretação do STF do sentimento constitucional da sociedade brasileira naquele momento.

Pensamos que o voto da Min. Rosa Weber nas ADC's talvez tenha sido aquele que melhor captou esta ideia quando disse, ao se referir à inelegibilidade, que o destinatário principal da norma não se tratava do indivíduo, mas sim a coletividade. Sua opinião externada no voto também sugere que a Ministra aceita os postulados do dualismo e enxergava a mobilização e a lei como fortalecedores da democracia.

Outro registro dessa alteração da chave jurídica parece-nos ter sido feita pelo Min. Lewandowski após o julgamento das ADC's, quando disse que a Ficha Limpa fora promovida pelo povo e adotava soluções “*pro societate*”, ou seja, destinadas a proteger a sociedade.

Desta feita, pensamos que a Lei da Ficha Limpa não foi uma norma constitucional proposta pelo Legislativo que teria sido aceita, ou revisada, pela Corte Constitucional. Foi uma autêntica ruptura proposta pelo povo brasileiro que ao longo de um determinado período histórico, deliberou e ponderou os prós e contras de uma mudança na forma como aqueles cidadãos que pretendiam extrapolar suas condições de ‘do povo’ para representar o povo, com todas as benesses decorrentes do fardo político, deveriam ser tratados na esfera político-representativa.

O que começou apenas com um movimento reativo à decisão do STF, ganhou adesão de muitos cidadãos, preenchendo o requisito da amplitude. A adesão do *quantum* requisitado pela Constituição brasileira para que se pudesse levar as propostas à deliberação do Parlamento elevou, ou melhor, aprofundou o debate, levando à discussão pública, as implicações práticas daquelas mudanças nas Casas representativas compostas por representantes eleitos em eleições livres, justas e periódicas.

A aprovação unânime do projeto de lei de iniciativa popular nas duas Casas legislativas chancelou as propostas de mudanças e ao formalizá-las, deu-lhes autoridade constitucional para flexibilizar a presunção de não-culpabilidade, em nome do povo – povo ativo.

Os debates travados no Supremo Tribunal Federal por ocasião dos casos mencionados revelam que a Corte examinou consequências práticas e teóricas da flexibilização da presunção de não-culpabilidade e do que as mudanças propostas poderiam significar para a democracia brasileira, mas a conclusão alcançada pela Corte foi de que as mudanças propostas eram a legítima vontade do povo decorrente de iniciativa popular que se materializou em propostas normativas que foram aprovadas pelos representantes do povo, que seriam compatíveis com os postulados consagrados pelo povo no momento da constituinte, e que se apresentavam como

melhor alternativa do que as outras de lidar com o problema crônico de corrupção eleitoral; isso é um fato normativo.

No tópico a seguir, enfrentaremos algumas das críticas mais frequentes ou usuais à Ficha Limpa e arguiremos que, independentemente da causa, mobilizações populares como as do movimento Ficha Limpa revigoram o sentimento democrático e a democracia, o que, por si só, denota uma positividade, independentemente de consenso ou discordância quanto ao mérito da Lei ou seus preceitos axiológico-normativos.

3.4 Ficha Limpa: democracia solapada ou revigorada?

Admitimos que a democracia é um regime cuja essência implica em dissenso e divergência. Como cada um é livre para pensar e querer buscar sua felicidade própria da forma que melhor entender, é absolutamente normal, natural e saudável para o sistema que diferentes visões, entendimentos e posicionamentos possam conviver, alcançando, quando necessário, um consenso mínimo possível dentro das divergências.

Embora a Ficha Limpa não tenha encontrado instituições opositoras ou mesmo políticos contrários – vale lembrar a unanimidade em ambas Casas legislativas – ela foi objeto de muitas críticas no meio jurídico-acadêmico. Pretendemos endereçar duas dessas críticas que nos parecem as gêneses categóricas da maior parte das críticas: falta de legitimidade e natureza antidemocrática - ainda que republicana - da Lei da Ficha Limpa, com o intuito de sustentar ao fim, que, ao invés de ter solapado a democracia, a Lei da Ficha Limpa a revigorou.

As críticas serão abordadas mediante o enfrentamento argumentativo das proposições que queremos utilizar para sintetizar aquilo que chamamos de 1) crítica de (i)legitimidade (representativa) e 2) crítica antidemocrática.

A crítica da legitimidade representativa será sustentada com base na seguinte assertiva: A Lei da Ficha Limpa não representa a real vontade do povo. *‘Ela não me representa’* diriam os críticos da legitimidade.

A crítica de anti-democraticidade será sintetizada na seguinte posição: A Lei da Ficha Limpa é antidemocrática porque ela restringe direitos, retirando do povo a oportunidade de votar em quem o povo quer. *‘Se o povo vota mal, ele deve aprender com sua experiência a votar melhor. O povo não deve ser tutelado’*, diriam os críticos da anti-democraticidade.

3.4.1 Crítica de (i)legitimidade

Os críticos da (i)legitimidade da Ficha Limpa diriam que a Ficha Limpa não os representa. Diriam que eles não assinaram a petição da lei de iniciativa popular e que ainda que aquela pudesse ser a vontade de outras pessoas, seguramente não seria a sua vontade. Se aquela não foi sua vontade e o crítico é também povo, logo aquela vontade não poderia representar a real vontade do povo.

Essa crítica reverbera aquela feita por Randy Barnett ao trabalho de Ackerman, ao questioná-lo o que, em seu entender, daria o direito a uma maioria ou mesmo a uma super-maioria de criar uma norma constitucional que vincule uma minoria divergente.²⁵⁰

Iniciamos a resposta à essa indagação, remetendo à Kelsen para quem a democracia deve lidar com os desafios atinentes à relação ‘realidade x utopia’ democrática.

A essência da democracia só pode ser compreendida tendo-se em mente a antítese ideologia e realidade, antítese que, no problema democrático, desempenha um papel de essencial importância. Muitos dos mal-entendidos na discussão do problema têm origem no fato de haver quem fale só da ideia e quem fale só da realidade do fenômeno, enquanto seria preciso confrontar esses dois elementos, considerando a realidade à luz da ideologia que domina, e a ideologia do ponto de vista da realidade que a sustenta. E esse antagonismo entre ideia e realidade não vale apenas para o princípio fundamental da democracia: ideia de liberdade. Ele é encontrado em todos os elementos que constituem essa ideia, particularmente na noção de povo.²⁵¹

É senso comum – pelo menos para a corrente à qual nos filiamos - que nas democracias modernas, não é possível se obter consenso com relação ao mérito substantivo de todas as demandas. Para a corrente teórica à qual nos filiamos, a experiência democrática geral tem ensinado e revelado que sequer é possível obter consenso quanto à algumas das questões pontuais mais importantes, quem dirá a todas as demandas.

Kelsen já apontara que a vontade e a liberdade individuais se submetem às vontades coletivas e às liberdades políticas. A forma que a democracia constitucional encontra de livremente vincular a minoria dissidente é garantindo uma livre participação em procedimentos periódicos tidos como justos, ainda que imperfeitos, que definam a condução política do Estado.²⁵²

²⁵⁰ N.A. Citação feita no capítulo sobre diálogos constitucionais e deliberação, “[...] *how does it come to pass that a majority or a super-majority gets the authority to create a constitutional regime in which legislation is supposed to be binding on dissenting minority?*”

²⁵¹ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 35.

²⁵² Ibidem.

Em democracias representativas, como é o Brasil, a vontade do povo é expressada através do governo dos representantes do povo. A noção de autogoverno pune ou recompensa o povo com seus erros e acertos, mas sempre garante a todo e cada cidadão, a oportunidade de participar no processo de tomada de decisões políticas importantes em igual consideração aos outros cidadãos e arcar com as responsabilidades destas decisões, sofrendo as consequências. Pensamos que esse é o único limite substantivo da democracia (procedimental); não se pode eliminar a realização de eleições livres, justas e periódicas que permitam que as minorias possam se expressar, se fazerem representadas e eventualmente formarem uma maioria.

Voltando ao ponto, se admitimos que o convívio social obriga tomada de decisões não-unâнимes e que a democracia tem se revelado ao longo da experiência política dos homens como a melhor forma de preservar a liberdade e a igualdade, é preciso consentir quanto aos métodos adotados no processo de tomada de decisões – procedimentos –, consenso mínimo necessário para a existência da democracia enquanto governo dos governados.²⁵³

Assim, a realidade que sustenta a democracia obriga que sejam adotados critérios e procedimentos, quaisquer que o sejam, desde que escolhidos através de procedimentos justos – entendidos como aqueles que respeitam os postulados da liberdade e igualdade – para que seja formada uma maioria – povo ativo –, cuja opção prevalecerá, em nome do povo – instância global de atribuição de legitimidade.

Nas eleições, a vontade do povo traduz-se em representantes do povo. Nas democracias representativas, como é o caso do Brasil, os representantes do povo são os porta-vozes da vontade do povo.

No caso da Ficha Limpa, é incontroverso que a lei foi de iniciativa popular. Sua história registra um projeto de lei apresentado ao Parlamento com mais de 1,6 milhão de assinaturas. Durante 3 anos e 2 eleições, o Legislativo e o Judiciário dialogaram acerca das mudanças após o amadurecimento da ideia no seio popular, em especial a flexibilização de observância, no contexto político eleitoral, do direito fundamental protegido pela presunção de não culpabilidade.

A Ficha Limpa passou por rodadas procedimentais, como identificação do problema, formação de um consciente popular ou de um espírito coletivo ou de um sentimento

²⁵³ Kelsen, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 35.

constitucional, elaboração de proposições normativas de mudanças de posicionamento quanto ao direito fundamental em questão, deliberação e aprovação por quórum qualificado nas Casas legislativas e revisão judicial. Essas etapas do diálogo forçaram um aprofundamento da reflexão, que por sua vez, resultou em maior adesão às propostas em comparação às alternativas – deixar as coisas como estavam ou educar para que o povo votasse melhor.

O argumento segundo o qual a ausência de apoio expresso à Ficha Limpa obstaria dizer que ela representaria o povo, parece-nos desconsiderar que a democracia é um jogo de maiorias, não de unanimidades.

Para que algo seja representativa da vontade do povo, é necessário que essa vontade seja primeiro materializada em um projeto de norma que será examinado pelos representantes do povo. Nas democracias representativas proporcionais, como é o caso do Brasil, a aprovação de uma norma constitucional por um quórum qualificado por parte dos representantes do povo ganha a autoridade constitucional para legitimar a decisão como uma decisão do povo – *instância global de atribuição de legitimidade*.²⁵⁴

Em texto intitulado “Lei da Ficha Limpa – vitória da república, derrota da democracia: uma breve análise sobre o modelo político-partidária brasileiro”, Luís Carlos Martins Alves Jr. aborda a crítica da legitimidade em ao menos duas passagens. Num primeiro momento, sugere que com a Ficha Limpa, o mau candidato teria sido derrotado pelos juízes dos tribunais e não pelo povo. Noutro momento, que ela representaria uma disputa política na qual adversários políticos teriam logrado êxito em eliminar ‘no tapetão’, inimigos políticos.²⁵⁵

Essas colocações ilustram a crítica da legitimidade porque delas se denota que a Lei da Ficha Limpa teria sido criada ou por políticos ou por juízes. Pensamos que essa crítica é inconsistente e só faria sentido caso a ADPF 144 tivesse sido julgada procedente. Nessa hipótese a Lei poderia ser vista como criada por juízes.

Também faria sentido, caso diante da negativa do STF na ADPF 144, algum político ou partido tivesse proposto a flexibilização do direito fundamental e a lei tivesse sido aprovada por

²⁵⁴ Kelsen, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁵⁵ ALVES JR., Luís Carlos Martins Alves. **Constituição, política e retórica**. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/530663/constituicaopoliticaeretorica.pdf>>. Acesso em 21 jan. 2016.

maioria simples no Parlamento, sem que tivesse sido por iniciativa popular ou tido qualquer interferência de atuação direta do povo – *povo ativo*.

Ao colher assinaturas suficientes para propor uma lei de iniciativa popular, os assinantes levaram à Câmara dos Deputados e ao Senado um projeto de lei que a seu ver – dos assinantes – representava a vontade da sociedade e não apenas suas próprias. A Câmara deliberou e a aprovou, unanimemente. O Senado deliberou e a aprovou, unanimemente. Como representantes do povo, a aprovação do Parlamento sugere que a vontade daquele grupo, materializada naquelas propostas, representavam os interesses de seus representados, ou seja, o povo.

Não desconsideramos o fato de que, no processo legislativo brasileiro existe a obrigatoriedade legal dos projetos de lei de iniciativa popular serem patrocinados por partidos políticos. Tampouco que de que houve mudanças inseridas pelos Deputados e Senadores e que eventualmente essas mudanças propostas pelos parlamentares atenderiam interesses políticos pontuais. Muito menos, de que os representantes do povo não são o povo.

Admitimos, entretanto, que mesmo tendo a Lei da Ficha Limpa sido patrocinada pelo Partido Progressista – PP, ela sempre foi associada ao povo, já que foi o povo, através das lideranças da sociedade civil representadas no movimento, que elaborou as linhas mestras das proposições normativas nela constantes e não ao partido político que a patrocinou.

Além disso, tendo a Lei da Ficha Limpa sido de iniciativa popular, seus debates e trâmites legislativos foram acompanhado de perto pela sociedade brasileira e mesmo as mudanças legislativas promovidas pelos parlamentares foram acatadas pela sociedade brasileira sem insurgências e representavam com alguma fidedignidade a vontade do povo, tanto que aprovada unanimemente nas duas Casas Legislativas e constitucionalmente chancelada pela Corte Constitucional sem a necessidade de revisão judicial.

Imaginar que ela teria sido feita para derrubar este ou aquele político não vislumbra que a lei e o espírito da lei - em que se presa a moralidade e a probidade administrativas como valores de fundamental exercício de um cargo público eletivo – continuarão a regular o jogo político eleitoral muito tempo depois desse ou daquele político terem ficado para trás, ao menos que haja nova mobilização para reconhecer que aquela decisão não foi bem o que se pensava e que seria melhor voltar como era antes.

Alcançar políticos identificáveis era uma consequência inevitável da própria pretensão da lei, pois ela surgiu justamente com o intuito de combater políticos corruptos dentro daqueles critérios. Se ela eventualmente não alcançasse políticos naquelas situações, perderia sua essência teleológica.

Discordamos do Min. Gilmar Mendes quando ele afirmou que lei teria sido feita com o intuito de tirar Joaquim Roriz do pleito eleitoral no Distrito Federal, pois acreditamos que o intuito da lei era retirar do jogo eleitoral políticos que incidissem nas condutas tidas como reprováveis, que no seu caso específico era a renúncia para evitar cassação parlamentar e ficar impune.

A renúncia como hipótese de inelegibilidade, conquanto tenha sido emenda legislativa parlamentar, caracterizava uma situação na qual algum político sob forte suspeita de quebra de decoro parlamentar recorria como forma de assegurar impunidade, um desvalor severamente criticado pela sociedade e desgarrado de predicados democráticos e republicanos, por isso foi prontamente acatada pela sociedade, que, em momento algum, sugeriu que a lei estaria sendo transfigurada. A impunidade talvez seja o desvalor mais importante para a corrupção.

A questão é que, do ponto de vista da democracia constitucional dualista, os procedimentos que concedem a autoridade de determinadas propostas serem levadas a cabo em nome do povo foram superados.

A despeito de acharmos que não é uma condição verificadora da vontade do povo, pensamos que a unanimidade na aprovação nas Casas parlamentares bem representa a força da legitimidade daquela nova ideia – flexibilização da presunção de não culpabilidade no contexto político eleitoral - no consciente coletivo e no sentimento constitucional.

Vale lembrar novamente, a título ilustrativo comentário feito pelo Min. Marco Aurélio ao referir-se ao espírito público quanto ao tema, segundo o qual opor-se à Lei da Ficha Limpa naquele contexto de 2010 representaria um “suicídio político” para qualquer parlamentar, daí porque fora aprovada unanimemente em ambas Casas Legislativas. O que entendemos pelo comentário do Ministro é que, como a Ficha Limpa tinha um forte apelo e apoio da sociedade, eventuais dissidentes seriam punidos na urna e não seriam eleitos.

A crítica da (i)legitimidade também poderia ser fundada em números. “A Ficha Limpa teve 1,6 milhão de assinaturas. Jader Barbalho teve 1,8 milhão de votos, logo mais pessoas

queriam ser governadas por Jader Barbalho do que aprovar a Lei da Ficha Limpa”, diria outro crítico.

Pensamos que essa comparação é imprópria. Eleições, conquanto seja um mecanismo essencial e *sine qua non* para a democracia, não são autossuficientes e não garantem *per se* o respeito aos princípios e valores constitucionais capazes de sustentar a democracia²⁵⁶. O eleitor não vota para governar, mas sim para eleger. Eleitores, obrigados a votar, não tomam decisões de governo ao sufragar, apenas selecionam entre competidores eleitorais. Apenas eleições para o sistema representativo é incompleto para a ideia de autogoverno. Senão por outro motivo, porque eleição apenas considera o plano de amplitude; número de eleitores ou apoiadores.

A supraconstitucionalidade que acreditamos existir nas decisões legítimas do povo decorre pelo fato de que, mobilizações políticas em momentos constitucionais vitoriosos, além do teste da amplitude, passam por procedimentos institucionais dentro do diálogo constitucional que obrigatoriamente aprofundam o grau reflexivo sobre aquela(s) proposta(s) que se sobressaíram como melhores do que todas as outras que se pudesse pensar.

Além das 1,6 milhão de assinaturas, a lei da Ficha Limpa possui outras credenciais ou chancelas procedimentais que qualificam as decisões populares que acabem por ser codificadas – ainda que de ordem infraconstitucional – como mais importantes do que apenas a escolha deste ou daquele representante, ainda que em eleições livres e justas.

Se por um lado 1,8 milhão de pessoas no estado do Pará ou do Distrito Federal, obrigadas a votar para um dos candidatos pré-selecionados pelas lideranças políticas regionais, haviam ou houvessem escolhido Jader Barbalho e Joaquim Roriz entre os outros candidatos, o povo ativo, compreendido por assinantes, apoiadores e não opositores, representados por seus Deputados e Senadores, havia, livre e mobilizadamente, decidido que a impunidade deveria ser combatida e que remover esses políticos – quem quer que o fossem e sejam – do jogo, ainda que temporariamente, se apresentava como melhor do que manter as regras que autorizavam a renúncia sem consequências político-eleitorais ou mesmo educar os eleitores para que votassem melhor. A aprovação nas Casas Legislativas chancelou a iniciativa popular daquele grupo de 1,6 milhão de peticionantes como vontade do povo e os votos proferidos nos casos examinados

²⁵⁶ MOISÉS, José Álvaro. **Cultura política, instituições e democracia**: lições da experiência brasileira. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v23n66/02.pdf> >. Acesso em 21 jan. 2016.

pelo Supremo também sugerem que, na visão do STF, a Lei da Ficha Limpa correspondia à vontade do povo, da sociedade e não só dos peticionantes.

O problema normativo superado pelo Supremo ao enfrentar essa questão dizia respeito à irretroatividade das normas, mas o Tribunal entendeu que, a rigor, nem toda a irretroatividade seria vedada pela Constituição (art. 5º, XXXVI, CF) e que no caso da Ficha Limpa, havia uma retroatividade inautêntica ou retrospectividade da norma jurídica, para atribuir efeitos futuros a fatos jurídicos já existentes.

Em geral, críticas da (i)legitimidade da Ficha Limpa contestam a função/missão educadora das leis. Defendem que as leis deveriam espelhar o espírito coletivo e que as leis não alteram o comportamento social. Concordamos em parte com a ideia de que as leis não deveriam ter uma missão/função educadora e que deveriam espelhar os costumes e tradições de uma comunidade, mas essa é uma discussão. Se a lei tem, na cultura política brasileira, historicamente, exercido uma função/missão educadora é outra discussão. No voto do Min. Ayres Britto, parece-nos que ele reconheceu a missão/função educadora das leis na tradição brasileira ao afirmar que a Lei da Ficha Limpa teria “a ambição de mudar uma cultura perniciosa e deletéria, de maltrato, de malversação da coisa pública”.²⁵⁷

Marlon Reis, um dos grandes incentivadores e apoiadores da Lei, acredita que em verdade, o grande objetivo do movimento Ficha Limpa nunca teria sido a aprovação da lei em si, mas a promoção de um debate que viesse a permear a cultura política brasileira e levasse a uma reflexão mais profunda.²⁵⁸

Seja como for, entendemos inconsistentes as críticas que questionam ausência de legitimidade da Lei da Ficha Limpa como real ou verdadeira vontade do povo, pois além de ter sido proveniente de iniciativa popular, ela foi aprovada por quórum qualificado nas duas Casas de representantes do povo e em democracias representativas, a vontade do povo será expressa através de seus representantes eleitos num sistema proporcional com eleições livres, justas e periódicas.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC nº. 29 e nº. 30 e ADI nº. 4.578, julgados conjuntamente. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jan. 2016.

²⁵⁸ REIS, Marlon. **O gigante acordado**: manifestações, Ficha Limpa e reforma política. Rio de Janeiro: LeYa, 2013.

3.4.2 Crítica da anti-democraticidade

Outra crítica usual à Lei da Ficha Limpa é que ela seria antidemocrática, pois restringiria direitos e tolheria do povo, a oportunidade de votar em quem quiser e aprender com seus erros. “Se o povo vota mal, ele deve aprender com seus erros” e “O povo não deve ser tutelado” caracterizam assertivas típicas dos críticos da anti-democraticidade.

Os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal ao longo da Ficha Limpa sobressaíram como críticos da anti-democraticidade da Ficha Limpa, os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, quando em essência defenderam que seria papel da Corte, decidir contramajoritariamente e que rupturas constitucionais deveriam ser repugnadas e combatidas.

Enfrentaremos essa crítica primeiro abordando a questão atinente à restrição de direitos. Depois a questão atinente à necessidade de aprender com os próprios erros e a ideia de tutela do cidadão. Por fim, dedicaremos a examinar a ideia segundo à qual rupturas constitucionais seriam negativas e deveriam ser condenadas.

A princípio, parece-nos que restringir direitos de cidadãos não necessariamente seja uma medida antidemocrática. É possível que restrições a direitos sejam feitas justamente com o intuito de vitalizar outros valores igualmente democráticos ou mesmo, simplesmente justificáveis.

Não se afasta crianças do jogo político eleitoral para tolher-lhes o direito de ser representadas, mas por se acreditar que é necessário um grau mínimo de maturidade para interferir na condução política do Estado que, via de regra, se adquire com a vivência.

Isso é bom ou ruim? Do ponto de vista da democracia, não interessa, é irrelevante. Num autogoverno, a sociedade sofre as consequências ou colhe os louros de uma boa escolha. O que importa é que a restrição tenha sido feita livremente pelo povo em condições de igualdade ou que se decorrente de iniciativa popular, que ela espelhe a vontade do povo expressa através de seus representantes. A forma que a democracia encontra para garantir essas condições é a adoção de procedimentos.

Por exemplo, admitamos que o povo se mobilizasse legitimamente – com amplitude, profundidade e poder de decisão – para banir do jogo eleitoral qualquer forma de reeleição. Isso poderia ser visto como uma restrição de direito - o cidadão não poderia escolher a mesma pessoa

para lhe representar -, mas seguramente não seria antidemocrática, caso a escolha tivesse sido objeto de um diálogo amplo e profundo, tendo alcançado uma proposta factível, realizável e com poder de decisão, que superasse os procedimentos previstos na Constituição para uma mudança de tal natureza. Pelo contrário, pensamos que essa restrição revigoraria a democracia na medida em que teria contribuído para um maior envolvimento político-democrático do cidadão.

Poderia o povo, ou melhor, pode o povo mudar de ideia quanto ao significado constitucional que hoje atribui-se à presunção de inocência em outras esferas além da esfera eleitoral? Em fevereiro de 2016, o STF reviu seu posicionamento quanto à presunção de inocência, julgando no HC 126.292/SP que seria possível, ou melhor, que seria constitucional o início da execução penal e a prisão do réu após decisão colegiada em segundo grau.²⁵⁹

Entendemos que essa flexibilização, proposta pelo STF e levada a cabo pela Corte é inconstitucional, na medida em que pretendeu alterar o significado constitucional da presunção de inocência no campo criminal, sem que tal proposta tenha tido participação efetiva do povo ativo, nem a superação das rodadas e etapas deliberativas e procedimentais necessárias para criação de norma constitucional ou alteração de significado constitucional. Esse significado foi alterado pela Corte.

Com fundamento nas bases teóricas do dualismo, admitimos como perfeitamente possível que o povo se mobilizasse e, superando os obstáculos procedimentais institucionais, desse novo sentido constitucional à presunção de inocência, a exemplo do povo de outros países que entendem a presunção de inocência como devida só até a primeira ou mesmo segunda decisão judicial confirmatória, pois depois de então, haveria presunção de culpabilidade fundada na(s) decisão(ões) judicial(ais) e não presunção de inocência.

Mas para tanto, seria necessário que houvesse um diálogo amplo, profundo e com poder de decisão que, necessariamente, passaria pelo sentimento constitucional e pelo Legislativo, o que não aconteceu, por isso, entendemos nesse caso (HC 126.292/SP) que a norma ou o significado constitucional foi criado pelo STF e carece de legitimidade democrática, razão pela qual a temos como inconstitucional.

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292 São Paulo. **Voto no ministro relator Teori Zavascki**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-presos-depois-decisao.pdf>>. Acesso em 05 mar. 2016.

Pensamos que a democracia constitucional dualista, como já afirmamos acreditar ser o Brasil, é meramente procedimental. Assim, os *outputs* substantivos mencionados por Hubner, sejam positivos ou negativos, constituirão a experiência política e a identidade nacional da nação.

A Lei da Ficha Limpa, mais do que uma lei contra corrupção eleitoral, em nosso juízo, institucionalizou, fortificou e revigorou outros valores que se apresentam como mais importantes em democracias modernas como transparência e *accountability*, valores que dizem respeito ao dever de prestação de contas de forma satisfatória e sistemática, sujeitando o representante à perda de confiança para o exercício do mandato e do direito de concorrer no jogo político eleitoral.²⁶⁰

Essencialmente, *accountability* está relacionada com formas de controle do poder político. Em estudo buscando analisar uma tradução e significado de *accountability* na experiência política, social e institucional brasileira, Pinho e Sacramento destaca que o conceito de *accountability* é complexo, mas que envolve dois elementos estruturais elementares “*answerability*” – mais ligado a ideia de responsabilidade pelos atos - e “*enforcement*” – mais ligado a ideia de sanção e punição - que foram primeiro identificados por Andreas Schedler.²⁶¹

O dever de prestação de contas de forma satisfatória – que é a tradução que aceitamos para *accountability* – sem dúvida é um predicado republicano, no sentido de que advém do ideal que concebe os assuntos do governo como assuntos públicos. Nesse aspecto não discordamos de Martins Alves Jr. quando afirma que a Ficha Limpa seria uma vitória republicana que serviria para frear atuação desgarrada dos valores que devem pautar o exercício de um cargo público.

Parece-nos que a Ficha Limpa pode ser vista como uma ruptura que proporcionou, por assim dizer, revitalização de valores tanto democráticos quanto republicanos. Esses valores não são excludentes, mas desejavelmente complementares.

Para Andrew Arato:

Accountability política é um princípio importante que pode ajudar a dar sentido à noção de soberania popular num regime de democracia representativa. Mas, se a consideramos como o único princípio importante, colocamos em risco a própria

²⁶⁰ WALDRON, Jeremy. *Accountability: fundamental to democracy*. NYU Colloquium. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Accountability.pdf>. Acesso em 14 jan. 2016.

²⁶¹ PINHO, José Antônio Gomes e SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability*: já podemos traduzi-la para o português? Revista de Administração Pública - RAP. ISSN 0034-7612. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n6/06.pdf>>. Acesso em 18. fev. 2016

accountability. No nível do modelo institucional *accountability* deve ser complementada por instituições de deliberação, constitucionalismo e representatividade descritiva. Mas a pré-condição mais importante para que um sistema de *accountability* realmente funcione é a atividade dos cidadãos nos fóruns públicos democráticos e na sociedade civil.²⁶²

Seria antidemocrático, por exemplo, se a sociedade brasileira pós-Dilma e seus representantes, se mobilizassem com amplitude, profundidade e poder de decisão para criarem uma norma constitucional segundo à qual atingidos alguns indicadores e indicativos de (des)confiança no chefe do Executivo, o político poderia ser afastado do cargo?

A linha de raciocínio traçada por Luís Carlos Martins Aves Jr. no texto já citado sugere que não²⁶³. O afastamento implicaria em restrição antidemocrática de direito que castraria do eleitor a oportunidade de aprender com o erro. Parece-nos que sua visão de autogoverno diria: “Se o povo escolhe mal um determinado prefeito, governador ou presidente, ele deve arcar com a escolha e aprender a votar melhor numa próxima oportunidade”, o que, a nosso sentir, ignora outra alternativa que nos parece tão quanto fundamentada na noção de autogoverno, qual seja, se o povo facilitar a derrubada de um chefe do Executivo com base em popularidade e isso for ruim, ele sofrerá as consequências dessa escolha e refletirá mais da próxima vez em que propor alguma mudança, ou até mesmo tentará voltar atrás.

É dizer, pensando nas teorias de diálogos, em democracias constitucionais dualistas, percorridos os procedimentos, respeitadas todas as rodadas ou etapas do diálogo constitucional, qualquer decisão, independentemente do conteúdo ou do mérito, desde que não retire do cidadão a possibilidade de participar na escolha da condução política do Estado em condição de liberdade e igualdade, periodicamente, será democrática. Esse é o limite do poder do povo na democracia e a reserva de conteúdo substancial numa democracia procedimental. Se as escolhas se revelarem ruins, o autogoverno imporá ao povo, as consequências dessas escolhas que escreverão as linhas da história constitucional daquele Estado.

A democracia não é perfeita, nem busca garantir um resultado justo. Ela apenas busca garantir um procedimento justo e tem se revelado como a menos pior forma de conduzir politicamente a coletividade. Revigorar a democracia não significa que os resultados ou

²⁶² ARATO, Adnrew. **Representação, Soberania Popular e Accountability**. Lua Nova 55-56, 2002. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n55-56/a04n5556>>. Acesso em 21 de fev. 2016.

²⁶³ ALVES JR., Luís Carlos Martins. **Constituição, política e retórica**. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/530663/constituicaopoliticaeretica.pdf>>. Acesso em 21 jan. 2016.

outcomes sejam positivos. Às vezes – na maioria delas – a maturidade advém das lições aprendidas com os erros cometidos.

Por fim, enfrentemos a crítica da anti-democraticidade sob a perspectiva de que a Lei da Ficha Limpa teria sido antidemocrática porque teria alterado limites estabelecidos pela vontade do povo consagrada na constituinte.

“O povo deve ater-se aos seus limites! A Corte não pode seguir opinião popular, sob pena de tornar-se refém das maiorias” poderiam ser assertivas utilizadas para sintetizar a ideia segundo à qual, até mesmo o povo tem seus limites.

Essas proposições não são compatíveis com a ideia de dualismo e sugerem que o povo de 1988 seria mais povo do que o de 2010 ou do que qualquer outro, já que todas gerações futuras estariam sempre ancoradas aos limites estabelecidos pela constituinte em 1988, nada obstante aquela realidade e contexto político-eleitoral não mais existisse. Discordamos porque acreditamos que a constituinte de 1988 foi apenas o primeiro momento constitucional exitoso no Brasil pós-queda do regime autoritário, a Ficha Limpa, o segundo. Outros certamente virão.²⁶⁴

Sem dúvida, a constituinte ou até mesmo o impeachment de Collor foram mais dramáticos e talvez tenham tido adesão ativa de mais cidadãos do que a Ficha Limpa, mas o dualismo não exige que momentos constitucionais sejam dramáticos ou conflituosos, apenas que superem um árduo caminho procedimental para que se possa verificar se o povo mudou mesmo de ideia com relação a algo que já se posicionara anteriormente.

Sempre que observadas as etapas procedimentais do diálogo constitucional, os significados constitucionais antes estabelecidos poderão ser revistos e até alterados; essa é a essência da ideia de dualismo. Se a decisão for ruim, o povo sofrerá as consequências e poderá aprender com esse erro.²⁶⁵

Isso significa que a Corte constitucional estaria refém das maiorias populares e sujeitas a todos os perigos do bem conhecido populismo político? Se o significado que se pretende

²⁶⁴ N.A.: Importante notar aqui que não desconsideramos o impeachment do então Presidente Collor como um momento de grande e importante mobilização popular. Contudo, aquela mobilização não tinha intenção de propor qualquer norma constitucional, mas apenas de dar efetividade à normas já preconizadas no Texto Constitucional.

²⁶⁵ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

atribuir ao termo ‘refém’ for que a Corte deveria, após o esgotamento de todos os procedimentos instituídos pelo jogo do diálogo constitucional que verificam amplitude, profundidade e poder de decisão, deferir à decisão do povo, sem que com isso compromettesse a possibilidade de participação das minorias no processo de tomada de decisões políticas do país, então responderíamos afirmativamente a essa pergunta, pois a leitura da Corte Constitucional do Texto Constitucional deve encontrar algum eco na realidade social e deve, em algum grau, ser parecido com o que povo espera.

Eventuais más decisões do povo serão sentidas e percebidas pelo povo, o erro faz parte da experiência e escreve a história constitucional de cada nação. Isso é autogoverno e democrático, em nosso sentir.

O Supremo poderia declarar a Ficha Limpa inconstitucional caso entendesse que os caminhos institucionais e as rodadas procedimentais não houvessem sido respeitadas, mas se aquela fosse realmente a vontade do povo, uma nova investida observando ainda mais cautelosamente os procedimentos e etapas seria deflagrada.

Pensamos que, respeitado o mínimo de substância da democracia e superados os obstáculos procedimentais, com profundidade, amplitude e poder de decisão, nem a Corte nem o Parlamento deveriam invalidar a Ficha Limpa ou qualquer outra decisão legítima do povo, pois é no povo que reside a soberania²⁶⁶. A soberania não reside na constituinte, nem Texto constitucional, nem no Parlamento, nem na Corte, a soberania reside no povo.²⁶⁷

Certamente, o Parlamento poderia não aprovar a lei de iniciativa popular, se entendesse que aquela vontade representasse apenas as 1,6 milhão de pessoas que assinaram o abaixo-assinado para encaminhamento da proposta de lei de iniciativa popular. Ele poderia reprovar ou não aprovar a lei, não por vícios formais, mas por falta de sustância material política. Caso o Parlamento não achasse que a lei tinha apoio popular suficiente para atribuição do novo significado constitucional ao princípio da inocência, ele poderia prolongar o debate ou até mesmo concluir que o povo não havia mudado de ideia.

²⁶⁶ Para Celso Ribeiro Bastos, “traduz-se a soberania pela circunstância de não reconhecer nenhum outro poder superior nem igual ao seu em ordem interna, nem superior ao seu na ordem externa”, in BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 94.

²⁶⁷ SINGER, André. **Rousseau e os federalistas**. Lua nova, nº. 51/2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n51/a04n51.pdf>>. Acesso em 14 jan. 2016.

Parlamento e Corte poderiam ter invalidado ou sabotado a Ficha Limpa naquela oportunidade, mas será que o Parlamento e a Corte poderiam recusar novas e sucessivas investidas do povo num mesmo sentido?

Diante da primeira recusa do STF na ADPF 144, o povo se mobilizou mais organizadamente. Quando algo é a real vontade do povo-ativo, ele se mobiliza ainda com mais amplitude, profundidade e poder de decisão. Sucessivas recusas dos Parlamentares e da Corte constitucional às decisões do povo tomadas com amplitude, profundidade e poder de decisão, esvaziariam a legitimidade representativa dessas pessoas investidas em cargos parlamentares ou de juízes constitucionais.

O ponto é, embora o Parlamento e a Corte Constitucional possam tentar ir contra a vontade do povo, eles simplesmente não o fazem porque a caturra lhes impõe um ônus político incontornável. Nem políticos nem juízes podem ignorar a realidade social ou a legítima vontade do povo²⁶⁸, afinal o poder é do povo, o governo é que é dos representantes do povo.²⁶⁹

Essa vontade é presumida e simbolicamente representa a aceitação da sociedade como um todo; tanto de quem apoiou, quanto de quem se opôs e de quem foi indiferente. Embora o povo enquanto unidade consensual seja uma ficção utópica, na realidade concreta, a categoria operacional de povo que entendemos ser mais importante para este trabalho, o povo ativo, também pode ser utilizado com finalidade descritiva.

Isso não significa que no caso da Lei da Ficha Limpa seria verificável que as normas propostas corresponderiam efetivamente à vontade de mais da metade de todos os mais de 140 milhões de eleitores. Para tanto, seria necessário que se questionasse todos os eleitores se apoiavam a Lei, ou pelo menos mais da metade que já se dissesse favorável à ela num processo de referendo. De todo modo, em democracias representativas isso não é necessário. A vontade dos representantes do povo com relação a direitos fundamentais que atenta aos procedimentos instituídos é simbólica e ficticiamente, a vontade do povo ativo, desde que a tenham sido tomadas por quórum qualificado de um parlamento eleito num sistema proporcional livre e justo.²⁷⁰

²⁶⁸ N.A. Por legítima e verdadeira vontade do povo, queremos significar aquela que superou todos os obstáculos das rodadas e etapas procedimentais de um diálogo constitucional com amplitude, profundidade e poder de decisão.

²⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

²⁷⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004

Ainda sobre os limites do povo, o voto do Min. Dias Toffoli registrou em seu voto nas ADC's 29 e 30, que é função e missão do Supremo Tribunal Federal proteger as minorias das majorias. Tal entendimento parece ser compartilhado por Georges Abboud, em texto intitulado “STF vs. Vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário”²⁷¹, em que, usando como ponto de partida fala do Min. Fux no julgamento das ADC's 29 e 30²⁷², argumentou que a lei não deveria ter sido declarada constitucional pelo STF porque a função do Tribunal é essencial e fundamentalmente, contramajoritária.

Logicamente, não nos opomos à ideia de que o STF exerce e deve exercer função contramajoritária, tanto que nos curvamos a essa missão e mesmo no capítulo 1 admitimos a revisão judicial como um mecanismo democrático-constitucional legítimo e desejável ao modelo dualista. Entretanto, parece-nos que no caso da Ficha Limpa, essa discussão sobre proteção dos direitos fundamentais das minorias em face das majorias passa a largo, é imprópria e por vezes, utilizada como trunfo argumentativo, mas que não encontra no caso concreto, respaldo fático-teórico.

Isso porque pensamos que os direitos fundamentais estão - *em maior parte* - correlacionados à proteções civis individuais. No campo dos direitos políticos fundamentais, pensamos que apenas existe um único direito político fundamental, qual seja, o direito de

²⁷¹ ABOUD, Georges. STF vs. Vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, vol. 921, p. 191, jul. 2012DTR\2012\44816. Disponível em: <https://www.academia.edu/22568149/STF_VS._VONTADE_DA_MAIORIA_AS_RAZ%C3%95ES_PELAS_QUAIS_A_EXIST%C3%8ANCIA_DO_STF_SOMENTE_SE_JUSTIFICA_SE_ELE_FOR_CONTRAMAJORIT%C3%81RIO_STF_VS._VONTADE_DA_MAIORIA_AS_RAZ%C3%95ES_PELAS_QUAIS_A_EXIST%C3%8ANCIA_DO_STF_SOMENTE_SE_JUSTIFICA_SE_ELE_FOR_CONTRAMAJORIT%C3%81RIO_P%C3%A1gina_1>. Acesso em 03. mar. 2016.

²⁷² Fala do Min. Fux citada no texto de Georges Abboud: “Obviamente, o STF não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. Post e Siegel, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira - mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurtem do contexto social quanto às suas decisões. Se a Suprema Corte é o último player nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. HÄBERLE), é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão. Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema “ficha limpa”, sobretudo porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição e da Lei Complementar nº 135/10 – interpretações essas que ora se adotam”.

participar na condução política do país, votando, em igual condição aos demais cidadãos, sejam maioria, sejam minoria; é aquilo que Waldron, chama de “direito dos direitos”.²⁷³

Não entendemos que todos, ou melhor, que ninguém tem o direito fundamental a ser votado, pois esse direito – elegibilidade – é adquirido mediante preenchimento de outras condições que não aquelas que usualmente já são preenchidas pela simples condição do indivíduo ser eleitor ou cidadão do povo. Nessa toada, a Lei da Ficha Limpa não alterou os procedimentos para escolha, mas apenas filtrou – em tese qualitativamente – o quadro daqueles que querem se beneficiar de uma maior quota parte daquilo que produzido por todos, com o intuito de melhor gerir e administrar aquilo que é de todos, no interesse e em nome de todos.

A flexibilização proposta pela Lei da Ficha Limpa não leva em consideração particularidades que distinguem as minorias das majorias, daí a impropriedade da invocação da proteção dos direitos fundamentais das minorias em face das majorias nessa discussão.

No caso, a Lei da Ficha Limpa se aplicou igual e produziu efeitos iguais a representantes de majorias políticas dos grandes partidos, da mesma forma que para os representantes das minorias de partidos menores, daí porque teve ampla aceitação no seio da sociedade civil, independentemente de qualquer orientação ideológica.

No campo prático-teórico, só será alcançado pela Lei da Ficha Limpa, quem tiver sido julgado faltoso; como a falta dos agentes públicos afetam a todos igualmente – ainda que em maior ou menor proporção a depender do caso específico²⁷⁴ –, é razoável sustentar que a Lei beneficiava a todos. Ora, se a Lei beneficiava a todos, ou mesmo prejudicava a todos de forma igual, ela pode ser criticada por outros motivos, mas não por supostamente atentar contra os direitos das minorias em face das majorias.

Aceitamos a revisão judicial como mecanismo constitucional-democrático destinado a proteger direitos fundamentais de minorias em face de majorias, porém, não entendemos que esta discussão seja aplicável à espécie.

²⁷³ WALDRON, Jeremy. *The constitutional conception of democracy*, extraído da obra *Law and disagreement*. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/WaldronConstitutional.pdf>>. Acesso em nov. 2015.

²⁷⁴ A título ilustrativo, imaginemos um caso de corrupção num órgão Federal sediado em Santa Catarina. Em tese, todos os brasileiros são afetados igualmente, ainda que os brasileiros de Santa Catarina possam ser mais diretamente afetados nesta hipótese específica.

Como já exaustivamente repetido, aceitamos a função contramajoritária da Corte Constitucional e vimos no Capítulo 1 como essa função promove ganhos valorativos sistêmicos à democracia constitucional dualista. O que refutamos é que essa seja a única missão do Supremo e que sua atuação só se justifique se assim o for. A crítica dualista a esse pensamento é de que ele concebe a sociedade e seus valores fundantes como estáticos e não vislumbram uma dinamicidade na relação de um povo com esses princípios e valores que foram inscritos na Carta Federal.

Certamente, alguns valores e princípios sempre se revelarão atuais ou atemporais, outros talvez, nem tanto, mas só o tempo e a realidade social poderão dizer isso; não aqueles sujeitos politicamente ativos de 1988 que viveram uma experiência traumática própria do regime autoritário e estavam dispostos a lutar contra um fantasma que hoje não assusta mais.

Hoje, a julgar pelos resultados dos relatórios e pesquisas já mencionadas neste Capítulo 3, se tem muito mais medo de corruptos do que de autoritários. Supomos que assim o seja porque os espaços e brechas a que estes estão limitados, são muito menores e estão sob controle da democracia. Os caminhos procedimentais que autoritários teriam que percorrer para retomar o poder se revelariam demasiado difíceis, sobretudo porque o autoritarismo atenta contra a liberdade e a igualdade e seria muito difícil conseguir apoio amplo, profundo e com poder de decisão para emascular esses valores. Reforça essa tese, dados de pesquisa conduzida por José Álvaro Moisés, segundo a qual, entre 2002 e 2004, o autoritarismo parecia corresponder à vontade política de aproximadamente 6.3% da população.²⁷⁵

Clève e Lorenzetto entendem que a Lei da Ficha Limpa teria sido objeto de paternalismo forte não libertário que trataria o corpo eleitoral numa condição de tutela e menoridade²⁷⁶. Discordamos, pois pensamos que a Lei não desconfiava do povo porque ele não sabe votar, pelo contrário, pensamos que a desconfiança demonstrada com a Lei da Ficha Limpa dá-se com o político que revelara faltoso e que a proteção decorrente da norma não destinava-se ao eleitor,

²⁷⁵ MOISÉS, José Álvaro. **Cultura política, instituições e democracia**: lições da experiência brasileira. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v23n66/02.pdf> >. Gráfico 1, pág. 24. Acesso em 21 jan. 2016.

²⁷⁶ CLÈVE, Clemerson Merlin e LORENZETTO, Bruno Meneses. **Jurisdição constitucional e paternalismo**: reflexões sobre a Lei da Ficha Limpa. Disponível em: < http://www.tre-rs.jus.br/arquivos/CLEVE_jurisdictao.pdf >. Gráfico 1, pág. 24. Acesso em 21 jan. 2016.

mas sim à coletividade, num exemplo do que José Álvaro Moisés chamaria de *accountability vertical*²⁷⁷.

Mas isso significa que o povo ativo pode tudo ou o poder do povo tem limites? Ora, se todo poder emana do povo, logo tudo que o poder puder fazer, poderá, em tese, ser feito pelo povo²⁷⁸. Isso não significa que o poder do povo não tenha limites, pois pensamos que sim.

Numa primeira ordem interna ao próprio sistema, os limites substantivos da democracia constitucional são a inviolabilidade de procedimentos periódicos que levem em igual valor e consideração a vontade e a participação de todos os cidadãos no processo de tomada de decisões políticas na condução do Estado.²⁷⁹

Já numa ordem externa ao sistema, os limites do poder do povo é justa e precisamente o povo. O consciente coletivo, o espírito coletivo e o sentimento constitucional são os limites do poder do povo e o consciente público dos representantes do povo, que são eleitoralmente responsáveis e estão sempre sujeitos à reprovações nas urnas.

Os direitos fundamentais estão postos e qualquer mudança nesses direitos ou em seus significados demanda uma mobilização complexa, que somente é alcançada quando as pessoas e seus representantes julgam que há algo de muito importante pelo o qual devem se envolver e se comprometerem.

3.5 Considerações parciais

O capítulo 1 teve uma proposta de cunho mais teórico. O capítulo 2 uma proposta mais histórica. Este capítulo 3, uma proposta predominantemente analítica; é a leitura da pesquisa dos fatos históricos vistos no segundo capítulo, analisadas em contraste às bases teóricas do primeiro.

Pretendemos examinar se o movimento da Ficha Limpa e suas proposições normativas enquanto prescrições de normas constitucionais e flexibilizadoras de direitos fundamentais haviam ou não, sido postas aos testes, etapas e rodadas procedimentais do constitucionalismo

²⁷⁷ MOISÉS, José Álvaro. **Cultura política, instituições e democracia**: lições da experiência brasileira. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v23n66/02.pdf> >. Gráfico 1, pág. 24. Acesso em 21 jan. 2016.

²⁷⁸ N.A. Aqui usamos o verbo 'poder' no sentido de possibilidade, não no sentido de legitimidade.

²⁷⁹ ELY, John Hart. **Democracy and distrust; a theory of judicial review**. Harvard University Press, 1980.

dualista democrático e se haviam sido objeto de legítimo diálogo constitucional do qual se poderia dizer que o resultado corresponderia a uma autêntica vontade do povo.

Concluimos após os capítulos mais representativos do movimento – julgamento da ADPF 144, edição da Lei 135/2010 e julgamento dos casos Roriz, Barbalho, Bouças e ADC's 29 e 30 – que o sentimento de que algo precisava ser feito para combater a corrupção eleitoral era amplo e geral entre a população. Esse sentimento materializou-se, no seio da sociedade civil, num corpo de normas propositivas que foram objeto de debate na sociedade civil, no Parlamento e na Corte, antes de ser formalizada e institucionalizada como legítima vontade do povo.

Ao longo desses debates, que como vimos durou mais de três anos e duas eleições, foram pesados e sopesados, refletidos e ponderados os prós e contras da nova norma na vida política nacional. Houve tempo e espaço adequados para que aqueles que pensavam em contrário se expressar e defender seus pontos de vista. Além disso, as normas propostas não atentavam contra igualdade de oportunidade e valor na participação da minoria na tomada de decisões políticas, nem tampouco, ameaçava direitos fundamentais das minorias em face das maiorias.

As propostas da nova lei venceram, é dizer, tiveram maior acolhimento e apoio do que as alternativas suscitadas, inclusive, deixar como estava.

Por fim, nos propusemos a enfrentar duas das categorias de críticas que cremos ser mais frequentemente feitas à Ficha Limpa: a crítica da (i)legitimidade e da anti-democraticidade, argumentando em contrário, que em verdade o movimento e a Lei da Ficha Limpa revigoraram e revitalizaram a democracia na medida em que provocaram e estimularam um maior engajamento dos cidadãos comuns com questões políticas.

CONCLUSÃO

Acreditamos que nossas hipóteses foram verificadas porque pensamos que a base teórica utilizada e os votos dos Ministros que julgaram os casos concretos confortaram as principais premissas iniciais de que a Ficha Limpa foi um momento constitucional exitoso e que a Lei da Ficha Limpa espelharia, tanto quanto se poderia dizer, uma genuína e legítima vontade do povo.

Dentre as conclusões do trabalho, pensamos que a hipótese de que o Brasil é uma democracia constitucional dualista se mostrou verdadeira, embora a princípio isso pudesse parecer mais uma observação ou interpretação do Texto Constitucional do que uma hipótese propriamente dita.

Todavia, a mera previsão constitucional de que todo poder emana do povo não é suficiente para dizer que, de fato, o poder político reside na soberania popular. É preciso que em momentos de tomadas de decisões importantes, o povo possa efetivamente participar ativamente de forma mais completa e verdadeira.

A dificuldade de definir o que seria ‘povo’ na democracia ou o que poderia ser aceito como ‘povo’, foi superada com o auxílio do trabalho de Müller, em especial a categorização das formas em que o povo pode, não ser descrito, mas operacionalizado, para legitimar um discurso de dominação política e da doutrina da democracia representativa que entende/aceita que a vontade do povo se manifesta através da atuação de seus representantes.

Dentre o povo ativo, composto por todos os cidadãos com aptidão para o exercício do poder político, aqueles que apoiaram a Ficha Limpa, aqueles que não se contrapuseram a ela e aqueles indiferentes, formaram uma maior-minoria-melhor-organizada-politicamente, cuja opinião e propostas normativas foram levadas aos representantes do povo para que fossem discutidas e refletidas com amplitude e profundidade, alcançando poder de decisão suficientes para serem reconhecidas pelos representantes do povo como legítima vontade do povo – *enquanto instância global de atribuição de legitimidade*.

1988 certamente foi um momento constitucional importante para o país, mas a constituição do novo ordenamento jurídico naquele momento não garantiu àquela geração uma maior importância enquanto fonte de soberania popular do que outras gerações. É dizer, a geração de 1988 não é mais povo do que as gerações posteriores e nossos descendentes se

reservam – e devem reservar – o direito de tomar decisões com base nos desafios que suas realidades sociais apresentarem.

Pensamos que em 1988 era preciso garantir a qualquer custo uma ampla participação dos cidadãos no jogo político eleitoral como forma de viabilizar a democracia e provocar um deslocamento de legitimidade entre o regime e o povo. Em 2010, vinte e dois anos após a promulgação do Texto Constitucional, a democracia parecia estar consolidada o suficiente para que o povo se sentisse seguro para tentar um avanço qualitativo.

A alternativa de um filtro criado pelo o povo – *enquanto povo ativo* -, para o povo – *enquanto destinatário de prestação civilizatória* - e em nome do povo – *enquanto povo instância global de atribuição de legitimidade* - se mostrou com maior poder de decisão do que deixar as coisas como estavam ou trabalhar a educação política entre a sociedade para que o povo pudesse aprender a votar melhor.

Isso foi bom, no sentido de que ocorrerá um filtro na política que contribua para um combate a corrupção eleitoral? Não se sabe, nem é possível saber no momento. É preciso que o tempo revele se houve ganho valorativo ao sistema político eleitoral com as restrições de participação instituídas com a vontade popular.

Se o tempo medir mais candidaturas barradas, mais contas públicas e prestação de contas públicas aprovadas e menos políticos com condenações em tribunais e cortes de conta, então a resposta poderá ser que sim.

Contudo, adotando uma visão procedimental sobre a democracia concluímos ser possível – e talvez só se seja possível desta forma – sustentar uma revitalização, um revigoramento da democracia toda vez em que o povo se mobilizar de forma ampla, profunda e com poder de decisão, pois é aí que entendemos residir a maior parcela possível de soberania popular.

Isso implica dizer que o caminho é mais importante do que o destino, o método mais importante do que a decisão. E que é na valorização dos métodos – procedimentos – que se promove maior ganho sistêmico-valorativo à democracias constitucionais legitimadas em soberania popular, independentemente do resultado, que deverá ser arcado e lidado, pois a liberdade e a igualdade que se apresentam como valores mais importantes, requerem sacrifícios

e nem sempre são promovidos sem liquidação das faturas democráticas e responsabilização pelos erros ou acertos.

Seja como for, concluímos ser razoável sustentar que na experiência constitucional brasileira ou em sua narrativa profissional, a Ficha Limpa foi o primeiro momento constitucional exitoso depois da Constituição de 1988 e que a Lei da Ficha Limpa representava uma verdadeira e legítima vontade do povo.

Se isso foi bom, no sentido de que ela proporcionará maior probidade e moralidade administrativa ou pior, no sentido de que revelar-se-á uma manobra utilizada por forças políticas daquele momento específico que visavam interesses próprios e não público, só o tempo dirá, mas ousamos dizer que o espírito democrático, entendido como aquele sentimento de participação na condução política do Estado foi fortalecido ao ter conseguido envolver tantas pessoas na reflexão de questões políticas importantes.

Se o *output* substancial vai ser positivo ou negativo, entendemos ser irrelevante para aquilo que pretendíamos explorar, pois acordada a premissa segundo à qual a democracia é um modelo procedimental, preenchidas determinadas condições – apoio amplo, profundo e com poder de decisão – o *input* sempre será positivo, e é o máximo que acreditamos ser possível.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. STF vs. Vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, vol. 921, p. 191, jul. 2012DTR\2012\44816. Disponível em: <https://www.academia.edu/22568149/STF_VS._VONTADE_DA_MAIORIA_AS_RAZ%C3%95ES_PELAS_QUAIS_A_EXIST%C3%8ANCIA_DO_STF_SOMENTE_SE_JUSTIFICA_SE_ELE_FOR_CONTRAMAJORIT%C3%81RIO_STF_VS._VONTADE_DA_MAIORIA_AS_RAZ%C3%95ES_PELAS_QUAIS_A_EXIST%C3%8ANCIA_DO_STF_SOMENTE_SE_JUSTIFICA_SE_ELE_FOR_CONTRAMAJORIT%C3%81RIO_P%C3%A1gina_1>. Acesso em 03. mar. 2016.

ACKERMAN, Bruce. *Constitutional Politics/Constitutional Law in The Yeal Law Journal*, Vol. 99, number 3, Dez. 1989. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1139&context=fss_papers>. Acesso em 21 jan. 2016.

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALVES JR., Luís Carlos Martins Alves. **Constituição, política e retórica**. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/530663/constituicaopoliticaeretica.pdf>>. Acesso em 21 jan. 2016.

ANGELICO, Fabiano. **Justiça Eleitoral autoriza candidatura de 93 políticos com contas julgadas irregulares por Tribunais de Contas** (2010). Disponível em: <<http://www.excelencias.org.br/docs/TCsCand.pdf>>. Acesso em 8 jan. 2016.

ARATO, Adnrew. **Representação, Soberania Popular e Accountability**. Lua Nova 55-56, 2002. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n55-56/a04n5556>>. Acesso em 21 de fev. 2016.

ARAÚJO, Luís Cláudio Martins. **Supremacia ou diálogos judiciais?** O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/19791312>>. Acesso em 21 jan. 2016.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2003, p. 169.

BACHOF, Otto. Tradução José Manuel M. Cardoso da Costa. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 04 mar. 2009.

BARNETT, Randy E., *We the People: each and every one* (2014). **Yale Law Journal**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2424853>>. Acesso em 21 jan. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

BASSOK, Or. **The two countermajoritarian difficulties**. Sain Louis School of Law, Vol. XXXI:333 (2012) Disponível em: <http://www.slu.edu/Documents/law/PLR/Archives/PLR31-2_Bassok_Article.pdf>. Acesso em 21 jan. 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Freedom**. University of Minnessota Press. Minneapolis, 1988.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *Seeds of change: popular protests as constitutional moments*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2661853>. Acesso em 28 mar. 2016.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campos, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constituição**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONIFÁCIO, Robert. **José Roberto Moisés (org) – Democracia e confiança**: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n7/a16n7.pdf>>. Acesso em 16. jan. 2016.

_____. **Teoria do estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADC nº. 29 e nº. 30 e ADI nº. 4.578, julgados conjuntamente. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI: 3345 DF, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 23/08/2005, Data de Publicação: DJ 29/08/2005 PP-

00005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14788406/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3345-df-stf>>. Acesso em 21 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292 São Paulo. **Voto no ministro relator Teori Zavaski**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-pres-depois-decisao.pdf>>. Acesso em 05 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição Inicial ADPF 144**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 nov. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 631102 PA, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 01/06/2011, Data de Publicação: DJe-107 Divulg 03/06/2011 Public 06/06/2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22935314/recurso-extraordinario-re-631102-pa-stf>>. Acesso em 21 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 631102 PA, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 14/12/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-084 Divulg 30-04-2012 Public 02-05-2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085903/embdecl-no-recurso-extraordinario-re-631102-pa-stf>>. Acesso em 21 de jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 633703 MG, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 23/03/2011. Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-219 Divulg 17-11-2011 Public 18-11-2011 Ement VOL-02628-01 PP-00065. Acesso em 21 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.147 Distrito Federal Relator: Min. Ayres Britto Redator do: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>>. Acesso em 21 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Trecho do parecer consta do voto do Min. Lewandowski. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas eleitorais 2014**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2014-eleitorado>>. Acesso em 01 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO: 1249 Rio de Janeiro/RJ 168382006, Relator: Min. Francisco Cesar Asfor Rocha, Data de Julgamento: 25/09/2006, Data de Publicação: PSESS - Publicado em Sessão - 25/09/2006. Disponível em: <<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/301993203/recurso-ordinario-ro-1249-rio-de-janeiro-rj-168382006>>. Acesso 07 ago. 2015.

CAGGIANO, Mônica (coord.). **Ficha Limpa**: impactos nos tribunais: tensões e confrontos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CLÈVE, Clemerson Merlin e LORENZETTO, Bruno Meneses. **Jurisdição constitucional e paternalismo**: reflexões sobre a Lei da Ficha Limpa. Disponível em: < http://www.tre-rs.jus.br/arquivos/CLEVE_jurisducao.pdf >. Gráfico 1, pág. 24. Acesso em 21 jan. 2016.

COSTA, Nelso Nery. **Ciência Política**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DAHL, Robert A. *On democracy*. Yale University Press Publications, 1998.

_____. **A democracia e seus críticos**. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DATA FOLHA. **Avaliação da Presidente Dilma Rousseff**. PO813824. 25 e 26/11/2015. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2015/11/30/avaliacao_dilma.pdf>. Acesso em 01 fev. 2016.

DIAS, Reinaldo. **Ciência política**. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2010.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust; a theory of judicial review*. Harvard University Press, 1980.

EXCELENCIAS TRANSPARÊNCIA BRASIL. Disponível em: <<http://www.excelencias.org.br/docs/condenados.pdf>>. Acesso em 22 dez. 2015.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patrimônio político brasileiro. 10. ed. São Paulo: Globo, 1996.

FERREIRA, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FGV. Confiança nas Instituições. Disponível em: <<http://portal.fgv.br/temas-dos-periodicos/estado-direito>>. FGV DIREITO SP. Relatório ICJ. 1º Trimestre / 2014 – 4º Trimestre/014: Ano 06. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14089/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%20-%20ano%206.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 14 jan. 2016.

GLOBO.COM. **Único deputado contra 'Ficha Limpa' diz que errou botão.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL1588464-5601,00-UNICO+DEPUTADO+CONTRA+FICHA+LIMPA+DIZ+QUE+ERROU+BOTAO.html>>. Acesso em 10 ago. 2015.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÜBNER, Conrado Mendes. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Disponível em: <pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>. Acesso em 21 jan. 2016.

JÚNIOR, João Ribeiro. **Teoria geral do Estado & ciência política.** 2ª ed. Bauru/SP: EDIPRO, 2001.

KELSEN, Hans. **A democracia.** Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRONMAN, Anthony Townsend. **Alexander Bickel's Philosophy of prudence.** (1985). Faculty Scholarship Series. Paper 1064. <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1064>. Acesso em 21 de jan. 2016.

_____. **Jurisdição constitucional.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil.** 7. ed. São Paulo: Scwarcz, 2012.

MADISON, James, HAMILTON, Alexander, JAY, John. **Federalistas.** Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve Comp., 1840, p. 2015. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661>>. Acesso em 14 mar. 2016.

MCCE. Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral. Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/>>.

MIRANDA, Victor Bacelete. **Todo poder emana do povo, mas qual povo?** Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3692/2598>>. Acesso em 21 jan. 2016.

MOGLEN, Eben. *The Incomplete Burkean: Bruce Ackerman's Foundation for Constitutional History.* **Yale Journal of Law & the Humanities:** Vol. 5: Iss. 2, 1993. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol5/iss2/10>>. Acesso em 21 jan. 2016.

MOISÉS, José Álvaro. **Os brasileiros e a democracia**: bases sócio-políticas da legitimidade democrática. São Paulo: Ática, 1995.

MOISÉS, José Álvaro. **Cultura política, instituições e democracia**: lições da experiência brasileira. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v23n66/02.pdf> >. Acesso em 21 jan. 2016.

MOISÉS, José Álvaro. CARNEIRO, Gabriela Piquet. **Democracia, desconfiança política e insatisfação com o regime** - o caso do Brasil. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/op/v14n1/01.pdf>>. Acesso em 21 jan. 2016.
MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PAIVA Natalia, SAKAI Juliana. **Quem são os conselheiros dos Tribunais de Contas** (2014). Disponível em: <http://www.excelencias.org.br/docs/tribunais_de_contas.pdf>. Acesso em 22 dez. 2015.

PAIVA, Natalia, SAKAI Juliana, SCHOENSTER Lauren. **Quatro em cada dez candidatos a governador têm ocorrências na Justiça ou nos Tribunais de Contas** (2013). Disponível em: <http://www.excelencias.org.br/docs/Governadores_processados_X.pdf>. Acesso em 8 jan. 2016.

PINHO, José Antônio Gomes e SACRAMENTO, Ana Rita Silva. **Accountability**: já podemos traduzi-la para o português? Revista de Administração Pública - RAP. ISSN 0034-7612. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n6/06.pdf>>. Acesso em 18. fev. 2016

RAMOS. Dircêo Torrencillas. **A federalização das novas comunidades**: a questão da soberania. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2004.

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**; tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REIS, Marlon. **O gigante acordado**: manifestações, Ficha Limpa e reforma política. Rio de Janeiro: LeYa, 2013.

RIBEIRO, Fernando Armando. **Direito, continuidade e ruptura**. Disponível em: < <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/309> >. Acesso em 21 jan. 2016.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa? Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SIEYÈS, Joseph Emmanuel. **Constituinte burguesa: *Qu'est-ce que le Tiers État?*** Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SINGER, André. **Rousseau e os federalistas**. Lua nova, nº. 51/2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n51/a04n51.pdf>>. Acesso em 14 jan. 2016.

TRANSPARÊNCIA BRASIL. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/>>

TRANSPARENCY INTERNACIONAL. **Relatório *Corruption Perception Index 2015***. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2015>>. Acesso em 12 jan. 2016.

VIANNA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. 2º volume. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. ***Accountability: fundamental to democracy***. NYU Colloquium. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Accountability.pdf>. Acesso em 14 jan. 2016.

_____. ***The constitutional conception of democracy***, extraído da obra *Law and disagreement*. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/WaldronConstitutional.pdf>>. Acesso em nov. 2015.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Tradução Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.